

# 事実認定とは何か―刑事訴訟法一条の法意との関連で―

吉 梅 宗  
弘 崎 岡  
光 進 嗣  
男 哉 郎

## 一 本稿のテーマと考察の基本視座

説 論

事実認定は、それを広く犯罪にかかわる事実の認識とみれば、刑事手続のあらゆる場面であらわれる。たとえば、警察官が「犯罪があると思料するとき」、彼は「ある犯罪的な事実」を認識している。また、市民から、被害届を受理したときも同じである。警察官が、被害の実態を聴きとり、それを報告書にまとめるとき、あきらかに彼は「ある犯罪的な事実」を認識している。そもそも、捜査は、警察官や検察官が現実的もしくは可能的に認識する犯罪事実を立証する過程であり、その犯罪事実を基礎づける証拠の収集など、すべての局面で、犯罪に関連した諸事実を認識し、それを検証する作業が中心である。そして、捜査の段階を経て、検察官が公訴を提起するとき、公訴事実が起訴状に記載され、そこには「日時、場所及び方法」によって特定された「罪となるべき事実」が記載されなければならない（刑法二五六条三項）。こうして刑事訴訟がはじまり、審判を経て、最終的に裁判官が有罪の心証をもったと

き、「罪となるべき事実」として法的に認定された犯罪事実が判決書に記載される（刑訴法三三五条一項）。

こうみれば、刑事手続は事実認定に始まり事実認定に終わるといえるが、検察官や裁判官によって示される「罪となるべき事実」は、単なる事実の認識ではなく、犯罪の实体を規定する「刑罰法規」との関連で認定された事実を記載することである。しかも、刑訴法一条は、「この法律は…事案の真相を明らかにし、刑罰法令を適正且つ迅速に適用実現することを目的とする」と規定しているので、刑訴法上「罪となるべき事実」の記載が義務づけられている検察官と裁判官には、刑罰法令を適用するための犯罪事実を認定するだけではなく、それによって、「事案の真相」を明示することまで義務づけられている。つまり、刑事訴訟における事実認定とは、第一に、ある具体的な事実が刑罰法規に類型化された事実「あてはまる」か否かを「判断する」ことであり、第二に、その判断が「真」でありうる条件を満たすことである。本稿は以上の二点を考察の対象とする。

第一の点につき、カントは含蓄ある指摘をしている。カントは、医者や政治家とともに裁判官を挙げて、どれほど学識ある裁判官でも容易に誤判に至るという。なぜなら、裁判官が行う「事実認定」は「事実」という特殊なものを「法規」という一般的な命題に包摂する「判断」だが、この「判断力」という人間の能力は、同じく人間の認識能力である悟性とは異なり、たとえば教育によって授けることもできないければ、外から「詰め込む」こともできないからである。カントによれば、判断力は「特殊な才能 (Talent)」であって、教えられるものではなく、ただ実践的に鍛えられるだけである。判断力は判断の実践において鍛えられる。だから、そのような鍛錬を重ねなければ、いかに悟性の能力が高くても、判断を誤ることになる。医者や政治家や裁判官は、彼らがどれほど多くの病理学的・政治学的・法学的な規則（法則）を知っていたとしても、判断という実践的な鍛錬を欠くならば、「それらの規則（法則）の適用にあたって、容易に誤りを犯す」のである<sup>1</sup>、と。

カントによれば、認識は直観が概念によるのであり、感性的な直観によって実在的事実が実在的表象として与えられ、悟性がそれを概念化し観念的表象を創り出し、それによって思考が成立する。「概念の能力」である悟性は、感性に与えられた素材を、範疇を用いて認識対象として構成する。判断力は、「特殊を普遍のもとに」包摂する能力であり、悟性が構成した概念を理性へと媒介する役割を果たす。法的な事実認定は、これらの人間の能力を総動員し、法規と事実の間で「視線の往復」を繰り返しながら行われる判断であり、カントが指摘するように、きわめて高度な作業である。どれほど理論的な裁判官でも、この判断過程の中では、常に判断を誤る可能性がある。

このように、法的な事実認定は、純粹な悟性の問題ではなく、判断力の問題と繋がっている。カントがこう指摘したことは、データー・ネルが「サヴィニーの『生きた直観』」と題して東北大学で行なった講演で詳しく論じている。<sup>2</sup>そして、ネルがローマ法の碩学であったこともあり、ローマ法との関連性が強い民法の領域では、カントに即してネルの講演をさらに掘り下げる研究も続いたが、刑事裁判における事実認定論との関わりでは、カントの指摘は注目されていない。もちろん、カント哲学に拘泥する必要はなく、本稿でもカントの判断論を論じるつもりはない。しかし、いかなる認識論に立ったとしても、「経験的な事実」を認識する場合、感性的認識を前提にすることなく、悟性による概念化的認識は成り立たないし、概念を含む諸判断も成り立ちえない。<sup>4</sup>ここまでは確実にいえる。だから、感性的認識と理性的認識が連続する接点をどう捉えるかという点に、認識論に固有の難問がある。したがって、その接点のところで、実在的事実という「現存在 (Dasein)」に依存しつつ、それに触発 (affizieren) されてあらわれる「直観 (Anschauung)」という認識形態、すなわち感性に「経験」として与えられる「直観」という認識形態が、あらゆる理性的認識の前提として要求される。このように、「経験」との連続で「直観」概念を提示し、それによって認識と対象を関連づけたところに、カントの功績がある。<sup>5</sup>

だが、カント以降の哲学史をみれば、直観を感性的直観に限定したカントとは異なり、ドイツ観念論では、知性的直観が「直観」の基本概念となっていた。たしかに、直観は感性的認識と理性的認識の接点に位置づけられるのだから、知性的な直観はありうる。だから、カントのように直観を感性的直観に限定することは正確でなく、誤謬とさえいえるだろう。しかし、ドイツ観念論の中で、経験的な認識対象に繋がる通路 (Nügang) と位置づけられたカント的な感性的直観の意義が消失し、そのため、認識論が観念化したことは、カントの誤謬より決定的な誤謬であろう。カントのように、直観を感性的直観に限定すれば、認識者の視線は「そこにあるモノ」へと志向的に向けられる。たとえば、「死体」を直観するとき、「死体」を所与として「生の姿で」知覚する。この場合、感覚に与えられた死体の認識についていえば、それは「経験」そのものだろう。しかし、概念にもとづく理性的認識であれば、悟性は自由奔放に表象するので、人間は現存在していないモノについても、それを表象することができる。また、自然法則や思考法則のような法則、あるいは概念のようなものを表象することもできる。ところが、このような認識は、悟性の産物といえても、経験とはいえないだろう。人間は、架空の動物（たとえば「カメラ」）を感性的に直観することはできないが、それを表象することはできる。つまり、感性的直観の対象は実在的なモノであるが、表象の対象は実在的な世界に限定されていない。カントは、この相違を意識して、感性に与えられる感覚像（本稿では、これを「実在的表象」と呼ぶ）を含む広い意味での表象像 (Repräsentation) と、悟性によって自己の前に立て (Vor-Stellung) られた像としての表象像（本稿では、これを「観念的表象」と呼ぶ）とを区別している。この区別がなければ、「経験」ともいふべき感性的直観に与えられる実在的表象と「想像」「学知」「妄想」「創作」までを含む観念的表象との区別がなくなるわけで、たとえば実在のライオンと架空のカメラが同列に語られることになるだろう<sup>7</sup>。これが刑事法学の論理に適合しないことはあきらかである。カントに従う必要はないけれども、カント的な区別は絶対に必要である。

そこで、もう一度、カントの直観概念に戻ってみよう。カントによれば、直観とは、感覚を通じて、「そこにあるモノ」を直接的に、具体的・現実的な形態でみることである。フッサールやハイデガーなら、「生の姿で (leibhaftig)」みるというだろう。同じくサヴィニーも「生き生きとした (lebendig)」という修飾語を使って、直観という認識形態の特徴を示している。要するに、「個別性・現実性・具象性」をもつて、「そこにあるモノ」を直接的に捉えることが「直観」の意味である。<sup>8</sup> 日本語の語感では、これらの修飾語は、知覚の「鮮明度」を意味するものと捉えられがちであるが、「直観」の場合、「現に存在する対象に由来している」という意味が決定的に重要である。あるいは「肉体を備えたものとして (leibhaftig)」とか「生きたものとして (lebendig)」というニュアンスが重要である。このような意味での直観が捉える「事実」こそ、刑事裁判における「事実認定」の対象となる事実である。犯罪が経験的な事実である以上、犯罪を構成する事実は実在的な事実でしかありえない。それは「直観」を通して「実在的表象」として与えられる。

このことは、第二の問題、つまり刑事訴訟法が「事案の真相」を明らかにすべきだと求めていることと密接に繋がっている。なぜなら、「事案の真相」とは、「被告人が犯罪を犯した」ということを言語化する際、言語化された「罪となるべき事実」が「真理」であることを指しているが、「真理」とは、認識（表象）と認識対象たる実在的事実との一致のことだからである。<sup>10</sup> もっとも、「真実は神のみが知る」というように、時に、「真実」という言葉が何らかの「事態」を指すものとして論じられることもあるが、これは誤解である。<sup>11</sup> 人間が問題とする「真理 (Wahrheit)」とは、常に「認識の真理」であり、より正確には「判断の真理」のことであり、それは認識と認識対象の一致を指す。カントもそういう。<sup>12</sup> そもそも、法はノモスであり、法は「神のみが知る」モノの明示を求めない。刑訴法が求めるのは、したがって、ただ言語化された事実認定と実在的事実との一致だけである。吾々は、ここでも、カントと同じ観

点に立つべきであろう。

もちろん、人間は、過去の歴史的事実である犯罪自体を感性的に直観しえない。だから、過去の事実が残した痕跡である「証拠」の直観を重ねて、犯罪事実が実在したことを認識しようとする。そして、当然のことだが、この認識過程の全局面において、直観に与えられた実在的表象だけが問題となるわけではない。たとえば、認識された諸事実の関係を判断するために、法則知識（観念的表象）が参照される局面もあれば、法規の文言の文理的な意味（観念的表象）が問題とされる局面もある。証拠評価の局面で、このような知識（観念的表象）が必要となることは当然だろう。先に述べたとおり、刑事裁判における事実認定は、感性をはじめとして、悟性・理性・判断力といった人間の一切の能力が求められる実践的作用だからである。

しかし、そうであっても、また、そうであるが故に、事実認定の全局面において、感性的直観に与えられる表象（実在的表象）と悟性により構成される表象（観念的表象）の区別の重要性が意味を失うことはない。刑事裁判は、最終的に、カメラではなくライオンを認定しなければならないからである。刑事訴訟における事実認定の目標は、経験的事実として「実在した犯罪」の認識と言語化だから、この目標を志向した「視線」つまり「実在を志向する視線」は事実認定の全体を貫く視線である。そうである以上、この最終目標への到達をめざして展開される個々の判断の一つ一つの局面において、「実在的表象」が求められているのか、「観念的表象」で足りるのかという、個別的な判断の「視座設定」の当否が常に問われることになる。個々の局面で、視座の設定を誤り、たとえば「実在的表象」が求められる場面で「観念的表象」が代替されることがあれば、そこに生じた判断の誤りは、その後の判断を重ねることに拡大され、最終的に、誤判・冤罪という最悪の事態を招くことになるだろう。

本稿では、この「視座設定」を誤り、最悪の事態を招来した典型例として、東電OL殺人事件と足利事件で有罪（無

期懲役)を認定した東京高裁判決(両方とも、裁判長は高木俊夫であり、以下、文脈に応じて「高木コート」とも書く)の誤った事実認定を素材に、「實在」に触発されて与えられる認識(實在的表象)が事実認定における本線であることを明らかにしたい。東電OL殺人事件も足利事件も、証拠の構造上DNA型鑑定に決定的な重要性が与えられたという点で共通しているが、東電OL殺人事件はDNA型鑑定も含めた「情況証拠」による事実認定の例であり、足利事件は「自白の信用性」判断を中心とする事実認定の例であった。そして、いずれの証拠評価においても、この判決を書いた裁判官たちは、概念的認識(観念的表象)の枠組にとらわれて、「實在を志向する視線」をもちえず、刑事訴訟における事実認定が實在的表象を本線とすることを意識していなかった。それが誤判に直結したのである。

## 二 東電OL殺人事件―高木コートの事実認定

情況証拠による認定では、その多くの場合、具体的証拠に基づいて間接事実を感性的に直観するという構造がとられている。しかし、この場合、犯罪事実自体の直接的証拠が対象ではないので、情況証拠によって認定された間接事実から主要事実への推論が必要になり、感性的直観に与えられた實在的表象のみならず、論理則等の種々の観念的表象が用いられる場面も多く、判断者が「視座設定」を誤る可能性は低くない。その危険性を踏まえて、東電OL殺人事件をみれば、情況証拠の評価が地裁と高裁の結論を分けたことがわかるだろう。<sup>13</sup>すなわち、東京地裁は、ネパール人の被告人Gを犯人とするには、なお合理的な疑問の余地があるとして無罪判決を出したが、東京高裁・高木コートは、情況証拠によって公訴事実が認定されうるとし、犯行日時に現場であるK荘一〇一号室に在室しえたのは被害者と被告人だけであり、被害者が「売春客を連れ込み、あるいは、被告人以外の男性が被害者を右の部屋に連れ込む

ことは、およそ考え難い事態である」と断定して、有罪判決（無期懲役）を書いた。被告人は上告したが、最高裁がそれを棄却したので、高裁判決が確定した。

しかし、被告人の血液型はB型であったところ、事件から一五年後の二〇一二年、現場に残されていた四本の陰毛のうち血液型O型の一本（証拠番号三七六）のDNA型と被害者の遺体に残された精液のDNA型が一致し、さらに、同じDNA型が被害者の着ていたコートに付着した血痕から検出され、死体の各所（口唇部、乳房周辺、外陰部、肛門部など）に付着していた唾液様のものからも検出されたので、このDNA型をもった男（再審請求審では「三七六の男」と表記されている）が「本件犯人である可能性を示す」として、再審が開始された。つまり、犯行日時に現場であるK荘一〇一号室に在室したのは、被害者と被告人だけとした確定判決の事実認定に疑問が投げられた。

こうして、再審が開始され、被告人は無罪となった。現時点では、地裁の事実認定が正しく、高裁の事実認定が誤りであったことは明白である。しかし、なぜ東京高裁は誤ったのかという肝心の点について、十分な考察はなされていない。一般的には、DNA型の鑑定技術の進歩により、遺体に残された微量の精液や唾液からの型鑑定が可能になり、その結果、最後の売春客である本件犯人は「三七六の男」だと判明したので、その意味で、技術の進歩が高裁の誤判を証明したと考えられている。それも一つの事実である。「三七六の男」が本件犯人だという特定は、鑑定技術の進歩がなければありえなかった。しかし、高裁判決の前に、地裁が「被告人が犯人というのにはなお疑いが残る」という正しい認定をしている以上、本件誤判の原因はDNA型の鑑定技術の不熟さだけにあるとはいえない。あきらかに誤判の原因は東京高裁・高木コートの事実認定の中にある。

まず、事件の客観的な事実関係について、概観しておこう。犯行現場はJR渋谷駅ハチ公口から直線距離で約六〇〇メートルの円山町にあるK荘一〇一号室であり、平成九年三月一九日、管理人Lが室内に立ち入り、女性の死



体を発見した。被害者の血液型はO型であり、死因は頸部圧迫による窒息死である。被害者の体内に微量の精液（血液型O型）が確認されている。そして、死体の頭髮左側に接して黒色の革製ショルダーバックがあり、その取手の部分は千切れ、中には、小銭の入った二つ折りの財布、手帳、コンドーム二八個などがあつた。財布には、東京電力の勤務証が入っており、そこから被害者の身元が判明し、犯行日時は三月八日だと確定された。その日、殺されるまでの被害者の行動として、午後七時ころから、常連客（血液型O型）と渋谷のホテルでコンドームを装着せずに性交し、その後、シャワーを浴び、湯船にもつかつて、午後一〇時一六分ころ、ホテルを出たことが確認されている。売淫料は三五〇〇円であつた。被害者は一万円札を四枚受け取り、上記の財布に入れ、千円札を五枚返している。その後、午後一〇時三〇分すぎに、円山町内の二か所で、売春を勧誘していると目撃されている。そして、午後一一時三〇分ころ、K荘一階に通じる階段を上がつていく男女のアベックが目撃され、男性は「肌は浅黒く少し彫の深い感じの顔立ちで、ウェーブがかかった髪型をしており、東南アジア系の人」だという目撃証言があり、女性は体型や服装から被害者だと判明した。なお、この間、上記四万円が費消された形跡はない。また、後に判明したことが、被害者の定期券入りがJR大塚駅および巣鴨駅から直線距離で一・二五メートルにある民家の敷地内で発見されている。

死体発見後の実況見分において、死体の右肩付近のカーペットの上に、四本の陰毛が発見され、採取されている。そのうち、二本の血液型は被害者と同じO型であり、二本はB型であつた。被告人が逮捕された後、血液型およびDNA型鑑定がおこなわれ、結局、O型の一本は被害者のもの、B型の一本は被告人のものと判定され、O型の一本（これが前記「三七六の男」の陰毛である）とB型の一本が由来不明の陰毛として残された。また、K荘一〇一号室の和式便所の便器内で、コンドーム一個が採取された。コンドームは市販されていない製品であり、同じものが被害者の

シヨルダーバック内の二八個のコンドームの中にあつた。採取されたコンドームの中には、精液が認められたので、血液型検査と複数種のDNA型鑑定が行われ、被告人の血液型およびDNA型と一致した。

このコンドームが犯行日の三月八日に投棄されたのであれば、被告人が被害者の殺害に関与していた証拠になる。そこで、その遺留時期が問題になり、鑑定に付された。その結果、精子の頭部と尾部はほぼ完全に分離していたが、頭部形状は正常な形態を維持しており、実験室の清潔環境下での精子形状の経時変化と比較すれば、頭部と尾部の分離状況については、射精後二〇日以上経過した精子の形態であり、頭部形状については、射精後一〇日程度経過した精子の形態を示していた。このように、鑑定結果には、かなりの幅があり、正確な遺留時期は特定されなかった。鑑定書では、便器内の不潔な条件下にあつた当該精子につき、「清潔な環境下で放置後二〇日に観察された頭部と尾部の分離現象が当該の環境下では放置後一〇日で生じて矛盾しない」と書かれている。

以上の事実に基づき、高木コートは、まず、①現場で採取された陰毛のうち一本が被告人の陰毛であつたこと（以下、必要に応じ「①（陰毛の現場残留）」と書く）、②現場の便器で採取されたコンドーム内の精液が被告人の精液であつたこと（以下、必要に応じ「②（精液の現場残留）」と書く）、③精子形状の鑑定から精液の射精時期が三月八日であつたとして矛盾はないこと（以下、必要に応じ「③（犯行時射精の無矛盾性）」と書く）、④犯行当日の午後一時三〇分ころK荘一〇一号室に通じる階段で目撃された「男性の特徴は、それが被告人であつて不審はない」こと（以下、必要に応じ「④（被告人が目撃された可能性）」と書く）の四点を認定した。しかし、後述の通り、この①④の事実だけでは、本件犯人の特定は到底できない。そこで、高裁は、さらに、⑤K荘一〇一号室の鍵は被告人がもつていたことを認定し（以下、必要に応じ「⑤（鍵の保持）」と書く）、その上で、⑥仮にK荘一〇一号室が施錠されていなかったとしても、「施錠されていないと知って、（被害者が）筆者補足）売春客を連れ込み、あるいは被告人以外

の男性が被害者を右の部屋に連れ込むことは、およそ考え難い」と認定した（以下、必要に応じ「⑥（被告人以外の入室困難性）」と書く）。つまり、死体の発見された部屋の密室性を認定し、そこに犯行時刻に被害者と入室できたのは被告人しかいないと認定したわけである。こうして、①～④の事実に⑤および（または）⑥の事実を加えて、高木コートは、被告人が本件犯人であると認定した。そして、犯行時刻に被告人が現場に至った経緯として、千葉県幕張のインド料理店Hで午後一〇時まで働いていた被告人が、⑦JR海浜幕張駅から「午後一〇時七分の電車に乗り、渋谷駅に午後一一時一七分ごろ到着して、午後一一時三〇分少し前に、K荘付近に被害者と連れだつて現れた」と認定し（以下、必要に応じ「⑦（一〇時七分の乗車）」と書く）、犯行の全貌を描いたのであった。

高木コートは、以上①～⑦の事実認定をもとに、「罪となるべき事実」として、「被告人は平成九年三月八日午後一一時三〇分ごろ、東京都渋谷区円山町△番地略△所在のK荘一〇一号室に甲野春子（当時三九歳）と入り、同女と性交をしたものであるが、それが終了した後の翌九日午前零時ごろ、同女を殺害して金員を強取しようと決意し、同室北側和室六畳間において、殺意をもって、同女の頸部を圧迫し、よつて、そのころ、同所において、同女を窒息死させて殺害した上、同女所有の現金約四万円を強取したものである」と記載した。この認定が本稿の最初の考察対象である。

### 三 情況証拠による推論の実態

本件の客観的な事実はきわめて断片的であつた。したがつて、その断片的事実の一つ一つをどのように評価し、どのように組み合わせ、最終的に実在的表象を言語化した「罪となるべき事実」に至るかが問題となる。上記①～

④の事実、⑤⑥を決定的事実として加えて、被告人による犯行を認定し、犯行時刻に現場に至る経緯として⑦を加えた認定の論理は、抽象的な要約としてみる限りでは、特段の問題はないようにもみえる。現に、最高裁もそう考えて、被告人の上告を棄却した。しかし、刑事訴訟における事実認定が「実在した犯罪」を認識し言語化することであるとすれば、この最終目標との関連で上記①②⑦の事実認定を検討すると、この認定には重大な疑義が存することが、あきらかになる。

まず①②④のグループである。④（被告人が目撃された可能性）の意義は、被害者と「東南アジア系」の男性が犯行現場であるK荘一〇一号室に通じる階段を上がっていった時間を「三月八日の午後一時三〇分ごろ」と特定できたことに尽きる。現場周辺は、被告人と同居していた者数名を含めて「東南アジア系の人」が少なからず居住している地域であり、目撃されたのが被告人だと特定されたわけでもない。したがって、このグループでは、実質的に①②③の事実が問題になるが、①（陰毛の現場残留）と②（精液の現場残留）は、殺人の実行行為を示すものではなく、被告人が同室で女性と性交したという事実を示すだけである<sup>14</sup>。そして、被告人は、被害者と面識があり、買春したことも認めており、特に、②二月二十五日から三月二日までの何れかの日に、K荘一〇一号室で被害者と買春をし、「四五〇〇円くらいを払った」と公判で供述している<sup>15</sup>。したがって、もし当該精液が二月二十五日から三月二日までの何れかの日に射精されたものとすれば、それもまた、③（犯行時射精の無矛盾性）の鑑定結果と合致する。それ故、④の事実が否定されなければ、①②③の事実から、三月八日、被告人が被害者と買春したという高木コートの認定は成り立たない。そのため、被害者の手帳に記載されていた克明な売春記録を検証して、④の事実が否定された。高木コートの認定によれば、④の事実があったとすれば、それに照応する記載が手帳にあるはずだが、該当する可能性のある記載は二月二十八日欄の「？外人〇・二万」という記載だけである。しかし、被害者にとって被告人は初めての売

春相手ではなかったことを考えれば、手帳に「？」を「付さないのが自然だ」<sup>16</sup>し、さらに「〇・二万円」という記載は②の事実と整合しない<sup>17</sup>。したがって、結局、二月二八日欄の「？外人〇・二万」という記載は、被告人が供述する②の事実と照応するものではないと認定した<sup>18</sup>。

こうして、高木コートは、②の事実を否定することによって、「当該精液が三月八日に射精され便器内に放置されたものだ」という認定を維持しえた。ただし、正確にいえば、そう認定しうる可能性を維持しただけであり、その表象は、実在に触発された実在的表象ではなく、裁判官の単なる観念的表象にすぎない。そして、この可能性を支える論拠も、被害者の手帳の記載が事実と照応した正確なものだという一点だけであった。しかし、それだけに、高裁判決にとって、手帳記載の正確さの論証は重要な課題であった。実際、証拠評価の中で、この部分に最大の紙幅が与えられ、当該手帳の記載はかなり正確であったことが立証されている。しかし、その記載がどれほど正確であっても、機械が自動的に記録しているのではない以上、誤記や記載漏れの可能性を否定しえないはずだが（現に東京地裁はそう認定している）、高木コートは「被害者手帳の売春状況に関する記載は書き誤りがないばかりでなく、書き漏らしも見出し難い」と認定している。この認定のため、被害者の馴染客五人に対して、独自に期日外での証人尋問を実施している。しかし、この五人に対する証人尋問の限度で、そこに「書き誤りがないばかりでなく、書き漏らしも見出し難い」と認定できたとしても、それは、手帳に記載された残余の部分につき、誤記や記載漏れがないと推論する根拠には全然ならない。しかし、それにもかかわらず、わずか五人の買春事実との照合で帰納的に推論された手帳記載の正確性から、高木コートは②の事実をなかったと断定した。高木コートの論理には、あきらかに、帰納的推論にかかる蓋然性の論理を無視した決定的な論理則違反がある。

さて、仮に②の事実がなかったとしても、依然として、①～④の事実、それ自体として、被告人が本件犯人であ

ることを示すわけではない。しかし、⑤（鍵の保持）および⑥（被告人以外の入室困難性）の事実が証明されたならば、①④の事実と相互に関連しあつて、被告人が本件犯人だという有力な情況証拠になりうる。高裁はそう考えた。だから、K荘一〇一号室の鍵は被告人がもっていたという⑤の認定から、高木コートは「本件犯行当時、本件鍵を保管していたことは、とりも直さず、本件犯行に当たつて、本件鍵を使用して一〇一号室のドアを開け、被害者と一緒に室内に入ることができたことを意味する」と帰結し、これに⑥（被告人以外の入室困難性）を加えて、一気に被告人が犯人だという結論を導いた。それは、犯行現場を密室化し、「入室することのできた者が犯人だ」と推論する論理に拠る。

まず⑤（鍵の保持）の点から検討しよう。被告人は、姉が来目するかもしれないので、自己の住むYビル四〇一号室の同居人たちを南隣のK荘一〇一号室に移動させようとし、平成九年一月末ころ、この二つの部屋の管理人であるLから一〇一号室の鍵をあずかった。しかし、姉が来日しないことになり、また、三月一日、Lから滞納している二月分と三月分の家賃（一〇万円）と鍵の返還を求められたので、被告人は、三月六日、同居人のCを介して、鍵と家賃をネパール料理店Nで勤務中のLに届けさせたと主張する。これに対して、検察官は、実際に鍵を返却したのは三月一〇日であり、三月八日の当夜、本件鍵を用いて被害者を一〇一号室に連れ込んで「犯行に及んだと主張した。高裁は検察官の主張を認め、地裁は「（鍵の返還日が）三月一〇日であるとまではいえない」として結論が分かれた。鍵の所在に関する両者の事実認定の相違は、主としてLおよびCの供述の変遷をどう評価するかにかかつており、供述の詳細を知りえない以上、本稿での検討は省略せざるをえない。

もっとも、高木コートの認定通り、被告人が鍵を持っていたとしても、これは、①③の事実と同じく、単体では、殺人を実行した証拠ではない。ところが、先に引用したとおり、高木コートは、鍵の所持者が「とりも直さず」K荘

一〇一号室の「室内に入ることができた」者だと認定している。つまり「鍵をもつ者だけが室内に入れる」という論理であり、三月八日の室内での犯行は、その時点で「鍵をもつ者」の犯行だという論理である。鍵というものが室内に他者を進入させないための設備であることを考えると、一般論としてはそのように「考える（観念的表象）」こともできるだろう。密室であり、被告人のみが鍵を持っていたのであれば、被告人以外の者がそこに立ち入ることはできないか、あるいは極めて困難だと判断しうる。

しかしながら、本件において「被告人による犯罪の實在」を認定するためには、この事實は決定的に重要であるから、「現に、鍵を持っていた被告人GだけがK荘一〇一号室に入れた」ということは實在的事実として立証されねばならない。そして、實在的事実についての判断の可否は、他の實在的事実との整合性において測られねばならないから、当然、K荘一〇一号室の「密室性」すなわち管理状態が重要な事実となる。ところが、高木コートも認めるように、K荘一〇一号室の管理は「あまりよくなかった」。その杜撰な管理の実態は、被害者の死体が発見された経緯からも窺える。管理人LはK荘一〇一号室の管理をまかされた者であり、上記のとおり、少なくとも三月一〇日以降、現実にLが同室の鍵を保管していたのであるが、三月一八日、同室の畳の上で横臥している女性を見たとき、「部屋を貸す話が出ていたネパール人の知り合いが入り込んで仮眠をしている」と考えただけであった。Lは、このとき、何か異常なことが起こっていると考えたわけではない。このLの反応をみれば、K荘一〇一号室の現実には、「鍵をもつ者だけが室内に入れる」という論理が妥当する環境ではなかったことを示している。

この点、高木コートも、K荘一〇一号室の杜撰な管理状態から、「被告人が勝手に同室を買春に利用したとしても、それが全くあり得ないこととは言い切れない」と述べて、被告人がK荘一〇一号室に施錠しなかった可能性は認めている。これは、被告人が上記⑧の買春をした後、一〇一号室を出るとき、⑨「被害者に言って出入口のドアを閉めて

もらったが、鍵は掛けないでおいだ」と述べた被告人の供述に対応する<sup>20</sup>。ただし、前述したとおり、高木コートは④の事実を否定しているのであるから、当然、④と接続した⑥の事実も認めない。したがって、④および⑥の事実とは無関係に、K荘一〇一号室が施錠されていなかったと仮定した上で、⑥（被告人以外の入室困難性）が検討されることになり、「施錠されていない」と知って、（被害者が筆者補足）売春客を連れ込み、あるいは被告人以外の男性が被害者を右の部屋に連れ込むこと」は「およそ考え難い」という断定が続くわけである。

しかし、この「仮定」に立脚しても、⑥の認定には無理がある。ここでも実在的事実の表象が求められる場面であるところ、高木コートは、K荘一〇一号室が「空室であって、しかも施錠がされていないことを被害者が知るきっかけがあったとは考えられない」という。しかし、このような一般論（観念的表象）は、売春客を求めて、毎晩のように円山町界隈を徘徊し、K荘周辺を知り尽くしていた被害者の現実に合致しない。被害者は、ホテルその他の屋内に限ることなく、いわば「どこでも」売春をしたのであり、「平気で他人の住居の敷地内に立ち入り、駐車場や駐車場の奥の建物と壁の間やビルの奥の階段の下辺りで屋外性交に及んでいた<sup>21</sup>」。このような被害者の行動様式をベースに、K荘一階の立地形態をみれば、その通路は、特段の遮蔽物もなく、K荘を挟む東側の道路と西側の道路からの抜け道ともなりうる構造であり、一〇一号室は、玄関のみならず、横の腰高窓も施錠されていなかったことを併せて考えたとき、K荘一〇一号室が施錠されていないことを、被害者が知っていた可能性は否定できない。同じことは⑥の「被告人以外の男性が被害者を右の部屋に連れ込む」可能性にも言える。高木コートは、Yビル四〇一号室の同居者三名、同居者の叔父で偶々三月八日に四〇一号室にいた者、以前K荘一〇一号室に同居していた四名の計八名につき、アリバイ等を確認しているが、それだけのことで、第三者による上記の可能性は「およそ考え難い」と断定することはできない。先に五人の馴染客の供述から手帳記載が正確だと断定したことをみたが、その認定と同様、この八



人が被害者を一〇一号室に連れ込むことはなかったとしても、これ以外の者が被害者を連れ込む可能性まで、なぜ「およそ考え難い」のか。何の説明も論証もない。ここでも、⑤と同様に、「通常、人は他者の居室に無断で立ち入ることはしない」という観念的表象（抽象的な経験則）だけがあり、実在的事実の立証になっていない。<sup>22</sup>

結局、①⑤の事実は、全体として「被告人が殺人を行った」という実在的事実によって触発された実在的表象ではない。高木コートがこれらの事実を以て「犯罪」という実在的事実を立証したと考えたのであれば、それは、⑤（鍵の保持）や⑥（被告人以外の入室困難性）において、実在的表象が必要な決定的場面で、観念的表象が代替されたことに気づいていないからである。情況証拠による事実認定が要求される事件では、「密室性」の認定が決定的に重要な役割を果たすことが少なくない。「密室性」を前提にすることができれば、その後の事実認定は飛躍的に容易になるからである。しかし、このような場合、「密室性」こそが認定の根幹をなす前提事実であるから、当然、単なる仮定ではなく、実在的事実として示されねばならない。しかし、このことを意識せず、単なる仮定を基礎に、それを前提としての意味を持ちうる様々な事実を裝飾的に追加して、あたかも認定を補強したかのような体裁を整えて、当然のように有罪を認める判決が少なくない。<sup>23</sup>そして、本件①⑤⑥に「認定」された有罪事実も、単なる「観念的表象（仮説）」であり、実在的事実により触発され与えられる「実在的表象」に支えられていない。

最後に、⑦（一〇時七分の乗車）の事実認定だが、高木コートは、「三月八日、被告人がJR海浜幕張駅を午後一〇時七分に出る電車に乗った」こと、あるいは、その蓋然性すら証明していない。ただ、警視庁の捜査員がインド料理店Hから駅までの所要時間を実測したところ、約六分半であったというデータが存在するだけである。つまり、このデータから、捜査員が六分半で歩けたのだから、午後一〇時にHを出れば、被告人も一〇時七分の電車に間に合った可能性があると推論されているだけである。実際⑦は単なる可能的推論である。悟性は、移動に必要な時間を

積算し、その総計が問題となる所定の時間内に収まるのであれば、「K荘一〇一号室のところまで来ることは可能」だと判断するかもしれない。しかし、これは、實在的事実に触発された直観（實在的表象）ではなく、純粹な悟性の判断（観念的表象）である。そして、悟性は、その機能において自由であり、現存在に規定されない。それ故、このような純粹な悟性判断には、被告人が認定どおりの電車に乗って渋谷駅に到着したという言明の中に、「生の姿で」「生き生きと」した實在的な事実が記載されていない。ただ可能性判断の対象となる時間の積算という観念的表象だけがある。にもかかわらず、⑦の事実が認定されたのは、すでに高木コートが上記①～⑥を以て被告人を犯人と断定しているからである。

たとえば、確実性の高い目撃証言など、他の証拠によって「被告人が現場で殺人を行った」という實在的事実が確定的に認められているが、ただ「被告人が犯行時刻に現場に存在しえたのか」という疑いだけが残っているような場合であれば、「被告人が犯行時刻に現場に到達できた可能性」という観念的表象を追加するだけで、「被告人が犯罪を行った」と帰結することも許される。「アリバイくずし」の典型的なケースであるが、このような判断が許されるのは、「被告人が現場に到達することが可能であれば、被告人が犯人である」という事実関係がある場合に限られる。この場合、被告人の犯罪への関与の確実性（他の証拠による認定）を前提として、「現場に到達しうる可能性」それ自体が要証事実となっているからである。

しかしながら、本件では、上述のとおり①～⑥による有罪事実の認定は単なる「仮説」にすぎない。そして、特に④（被告人が目撃された可能性）に依拠して構成された有罪仮説のタイムテーブルでは、三月八日午後一時三〇分ころ、K荘一階に通じる階段のところで、被告人が被害者の後ろから階段を上っていくためには、午後一〇時以降の被告人の行動は、時間的にタイトな⑦（一〇時七分の乗車）の事実が必要になる。次の電車は午後一〇時二二分発で

あり、これに乗ると、東京駅經由でJR渋谷駅に午後一時二八分に到着するが、渋谷駅からK荘までは約一〇分半かかるので、一一時三〇分ころに、被告人がK荘一階付近で目撃されるためには、⑦の事実を認定する以外にない。つまり、上記アリバイくずしのケースとは異なり、事実は「被告人が一〇時七分の電車に乗ったときに限って、被告人は犯人でありうる」という関係にある。当然、「二〇時七分の電車に乗った」という実的事実が要証事実となる。ところが、被告人が実際に午後一〇時七分発の電車に乗った証拠はないし、東京駅で寄り道することなく、直ちに山手線に乗り継ぎ、午後一一時一七分ころ渋谷駅に到着し、ここでも一切の寄り道することなく、K荘北隣にあるYビル四〇一号室の自室に向かったという証拠もない<sup>25</sup>。逆に、被告人が証言するように、「一分遅刻すると残りの二九分の給料がカットされ」るので、出店時には急ぐが、「自分の部屋に帰宅することに関していえば、電車が通っている間にちゃんとたどり着けばいい」ので、インド料理店Hを退店した後、午後一〇時七分発の電車に乗ることと次の二二分発の電車に乗ることの間に、いかなる差異もなく（だから被告人はどちらの電車に乗ったのか記憶していない）、東京駅での乗り継ぎの際にも、渋谷駅で下車した際にも、⑦のような時間的にタイトな行動で犯行現場に直行しなければならない理由は皆無である。にもかかわらず、高木コートが「一〇時七分の電車に乗った」と認定しているのは、ここでも観念的表象が実在的表象にすり替えられているからである。ここでの証明構造は、「一〇時七分の電車に乗ることができる」という観念的表象が、もともと仮説にすぎない他の認定事実依存しつつ、「被告人が犯人であるならば」一〇時七分の電車に乗った」に違いないという（事実根拠のない）推論をおこない、その観念的表象が言語化されたにすぎない。つまり、⑦（一〇時七分の乗車）は、最終的な有罪事実の認定に、ならん積極的に貢献するものではない。これは、①から⑥の事実が成立するために要求される論理的な前提を整えたのであり、とても「事実」を認定したものとはいえない。

繰り返すが、いわゆるアリバイくずしのケースで、単なる可能性という観念的表象が事実認定の基礎となりうるのは、そのアリバイの点を除けば、被告人の犯罪行為が實在的事実により立証されている場合に限られる。そうでない場合に、単なる可能性という観念的表象をどれほど集めてきても、犯人が現場に存在したという推論を支える實在的基盤がない以上、何の意味もない自己満足にすぎない。アリバイくずしの事例で、しばしば誤判があらわれるのは、「アリバイくずしの論理（可能性Ⅱ観念的表象）」を発見した高揚感から、判断に慎重さを欠き、被告人の現場存在について冷静な評価がなされないばかりか、有罪の仮定を前提としてのみ意味を持ちうる証拠（本件では⑦）が、あたかも有罪事実を支える証拠であるかのごとく扱われたことによる。<sup>28</sup>

#### 四 「事案の真相」―認識の真偽と直観および表象

高木コートの「東電OL殺人事件」における事実認定の核心的な部分を選択的に取り出して検討を加えた。最終的に被告人の犯人性を認めた「罪となるべき事実」が「誤った」ものであり、「偽」であったことはすでに実証されているわけである。だから、本稿での考察は、何故、裁判官が「真偽」を誤ったのかという一点に限定できる。そこで、冒頭で述べたところに戻り、事実認定における「真偽」の基準を再確認しておこう。まず、「真偽」というとき、それは、事実の問題ではなく、事実に対する「認識」の問題であり、認識内容を言語化した「言明の性格」を指している。たとえば「ここにコップがある」という事実「言明」があり、実際、そこに「コップ」があったとする。この場合、この言明（判断）に、「それは真である」という性格が付与される。この事実言明は、コップが「そうあるとおり」に言語化されているので、言明と事実が一致しており、そこにある實在的なモノ（Dasein）が「ありのまま」

に言語化されているので、「真」とされるのである。したがって、刑訴法一条の「事案の真相を明らかにし」という規定には、二つの要請が含まれている。第一に、起訴状および判決書に記載される「罪となるべき事実」が、上述の意味での真偽判断の対象となりうるような実在的事実の表象を言語化した言明として示されねばならないという要請。第二に、その言明が、当該事案を構成する諸々の「実在的事実と一致」した言明、つまり「真」なる言明でなければならぬという要請である。「真偽」は、「犯罪を構成する事実」が、実在的事実の表象を言語化したものであることを前提に、「そうあるとおり」に「ありのまま」に記載されているか否かにより決まる。「罪となるべき事実」に記載された言明が当該事案の実在的な事実と一致しておれば、それは「正しい」「真」の事実認定であり、一致していなければ、それは「誤った」「偽」の事実認定である。

「ありのまま」という言葉は、高木コートの事実認定にも使われた言葉だが、高木コートの裁判官たちは、この言葉が現存在するモノ（実在的事実）との関連においてのみ意味をもつことを理解していない。「ありのまま」かどうかという真偽判断は、文字通り『『ある』がまま (so wie es ist)』であるかどうかの判断である以上、ただ実在的事実を言語化した事実命題に対してのみ可能な判断である。つまり、「犯罪を構成する事実」が「真偽」の判断対象になる事実である以上、必然的に、それは「実在的な事実」によって与えられた実在的表象を言語化したものでなければならぬ。だが、高木コートの「東電OL殺人事件」の判決書は、結論として、裁判官が表象した「罪となるべき事実」を言語化しているが、それは実在的事実によって与えられた表象（実在的表象）ではない。①～④は、実在的事実に関する言明であるが、①～③（陰毛・精液・精液鑑定）は、そもそも殺人に関する事実ではなく、K荘一〇一号室で被告人が誰かと性交した事実を示すだけであり、④（目撃証言）は、被害者がK荘一〇一号室に入った時間を示すだけである。そして、⑤⑥は本件の核心をなす密室性に関するものであるが、その実態は、単なる観念的

表象であり、「可能性」を示すものにすぎない。①～⑥の事実が有罪を示す實在的表象でないのと同様、⑦もまた、単なる可能性（観念的表象）の言語化にすぎない。それ故、最終的な言明たる「罪となるべき事実」もまた、単なる観念的表象の言語化でしかない。「矛盾しない」「不審はない」「意味する」「考えられない」という高木コートに特徴的な表現が頻出するのは象徴的だと言えよう。高木コートは、事実認定において、現実的な實在的事実をみていない。

要するに、高木コートの裁判官は、悟性のはたらし（観念的表象）を利用して、「犯罪事実の存在」の表象（實在的事実）および言語化をめざすという刑事裁判における事実認定の基本的視座の相違を意識し、二つの視座を適切に使い分けることなく、實在的表象と観念的表象の間を奔放に行き来しただけであり、實在的表象として「罪となるべき事実」を言語化することができなかった。その結果、判決に言語化された「罪となるべき事実」をみれば、およそ真偽判断の対象たりうる構造になっていない。これは、真偽の判断以前の問題であり、そもそも「事案の真相」を明示した命題になっていない。カントは、現存在に規定されない抽象的な表象を念頭に、「内容なき思考は空虚（Leer）である」と書いたが、これは、實在的事実に向けられていない表象が空虚だという指摘にほかならない。高木コートの認定は、それが抽象的な可能性の表象であるかぎり、空虚な思考でしかなく、真偽判断の対象になりえない。したがって、それを言語化しても、その言明は、犯罪を構成する具体的な事実との対応がなく、「ありのまま」の事実との一致を基準とした「真偽」の判断ができない、ただの「おしやべり」にすぎない。

以上のとおり、東電OL殺人事件における高木コートは、「被告人が犯罪を行った」という實在的事実の表象に達することができず、「罪となるべき事実」として言語化された内容は、観念的表象にとどまっている。つまり、本判決は、合理的疑いを理由に無罪とした地裁判決に対して、単に「このように考えると、被告人が犯人だと認定することもできる」と説明した観念的表象の羅列にすぎない。この判決は、「被告人が犯罪を犯した可能性」を言語化した

ものとしては、「誤りでなかった」と言えるかもしれないが、実在的事実を何も語っていないので、刑事裁判で求められる「罪となるべき事実」の記載としては、完全に正当性を欠くものであった。

事実認定に関する以上のような問題は、自白の信用性判断という局面においてもあらわれる。東電OL殺人事件においては、情況証拠を通して裁判官が実在を認識し、言語化する作業が問題であった。これに対して、自白の信用性判断は、被告人が言語化した内容が、実在に触発されて与えられた実在的表象なのか、それとも、悟性が自由に構成した観念的表象にすぎないのかを見極める作業である。しかし、高木コートは、ここでも、現実的な実在的事実をみることなく、被告人の自白の信用性を肯定した。このことを足利事件の自白評価によって確認しよう。

## 五 足利事件―虚偽を見抜けない裁判官

この事件は、平成二年五月一二日午後七時三〇分ころ、栃木県足利市の幼女M（四歳）が父親に連れられてきたパチンコ店の駐車場で午後六時三〇分ころに目撃された後、行方不明となったことから始まる。届出を受けて、栃木県警は、ただちに警察犬による搜索や付近の聞き込みを中心とした初動捜査の体制をとり、搜索にあたった。翌朝、渡良瀬川河川敷の搜索中、葦や灌木の藪地で全裸の遺体が発見された。そして、付近の浅瀬の川底から、Mのスカート、半袖下着やパンツなどが発見され、その内側から陰毛一本（血液型B型）が採取され、半袖下着の背中側には精液（血液型B型）が「二つの線上に点在」するように付着していた。死因は扼死（手指による頸部圧迫による窒息死）とされ、死亡時刻は一二日午後七時から八時前後と推定された。なお、下腹部等に付着した唾液痕から、犯人がMの下腹部を舐めたことが窺われた。



栃木県警は、以上の状況から、本件犯人は、性的異常者で、幼女に興味（小児性愛）があり、現場に土地鑑をもった血液型B型の男性と推定し、足利市内のほぼ六割の世帯を訪問して犯人像に合致する不審者や性犯罪の前歴をもつ者の捜査を行ったが、容疑者の特定には至らなかった。捜査が膠着しつつあったとき、「幼稚園の送迎バス運転手をしているSがパチンコ店にほど近い足利市内に自宅がありながら、週末だけ同市内の借家で過ごすなど不審な生活をしている」との情報があり、捜査本部の警察官が自宅を訪問してアリバイ等の確認をしたところ、Sは「当日は、午後一時三〇分ごろに幼稚園の仕事を終えて自宅に戻り、午後二時一五分ごろには借家に行き、それ以降は外出しなかった」と述べた。任意に提出された唾液の血液型はB型であり、幼児が好きであること、パチンコが好きであること、借家に多数の成人向けビデオ等が置かれていること等も判明し、捜査本部が推定する犯人像と符合し、同年二月三日から、Sの行動確認がはじまった。

平成三年六月二三日、行動確認中の捜査員は、Sが投棄したビニール袋を回収し、ゴミの中から精液臭のするティッシュペーパーを領置し、同年八月二日、ティッシュに付着した精液とMの半袖下着に付着した精液の異同識別鑑定を科学警察研究所に嘱託した。そして、同年一月に、二つの精液は「DNA型がMCT118型検査法で16-26型」で、ABO型のB型・ルイス式の分泌型という血液型検査結果を加味すると、同型の出現頻度は日本人一〇〇〇人中一・二名だとされた。この鑑定結果をもとに、平成三年一月一日午前八時過ぎ、Sに足利署への任意同行を求め、午前九時ころから任意での取調べを開始した。Sは、犯行時間帯には借家にいたと主張し、犯行を否認していたが、午後一〇時三五分ころ、Mを殺害し、死体を遺棄したと自白したので、捜査本部は、逮捕状を請求し、通常逮捕した。平成三年二月二日、宇都宮地検は、わいせつ目的誘拐、殺人・死体遺棄の罪で、Sを起訴した（以下、Sを「被告人」という）。被告人は、公判でも、自白を維持し、公訴事実を認めていた。しかし、第六回公判の被告人質問に



において、初めて犯行を否認した。ただ、第七回公判で、被告人は再び犯行を認めて、結審となった。ところが、結審後、弁護人あての手紙の中で、また犯行が否認されたので、弁護人は弁論の再開を求め、公判で被告人は「私はやっておりません」と陳述して、結審した。一審では、弁護人も、被告人の自白内容を疑わず、被告人が犯人だという前提に立っていたので、判決は求刑どおり無期懲役となった。被告人が控訴したが、東京高裁（高木コート）がそれを棄却し、さらに最高裁が上告を棄却して、一審判決が確定した。

その後、再審請求手続に移り、宇都宮地裁による再審請求棄却に対し、弁護人は、東京高裁に即時抗告し、本件半袖下着に付着した精液と被告人の血液を対象資料として、DNA型の再鑑定を請求した。<sup>33</sup>これに対し、検察官が反対しなかったので、東京高裁は検察官推薦のA教授と弁護人推薦のB教授に鑑定を命じた。その結果、両者から、上の鑑定資料は「同一の男性には由来しない」との結論を得たので、東京高裁は、再審請求棄却の地裁決定を取り消し、再審開始を決定した。その後、宇都宮地裁は再審無罪の判決を出し、被告人の無罪が確定した。<sup>34</sup>この事件では、一審以来、合計一四人の裁判官が虚偽の自白を見抜けなかった。

再審無罪となる最後の裁判で、控訴審以来一六年間、被告人を弁護してきた佐藤博史は弁論要旨に書いた。被告人は「間違ったDNA鑑定によって有罪とされたが、正しいDNA鑑定によって無罪が明らかにされる」と。DNA型鑑定が被告人の無罪を最終的に証明した点、先にみた東電OL殺人事件と同じである。そして、DNA型鑑定に関する誤鑑定の証明とは別に、証拠（足利事件の場合は自白の信用性）がきちんと検証されたのであれば、無罪判決がありえたという点でも、同じだろう。佐藤によれば、「DNA『再』鑑定なしに、あるいは、DNA『旧』鑑定があつても、Sの自白は虚偽と見抜かれなくてはならない自白だった」<sup>35</sup>。事実、本件控訴審において、佐藤は、被告人の自白が虚偽であることの論証を主要テーマとして、きわめて緻密かつ説得的な主張を展開した。<sup>36</sup>しかし、高木コート

は、現実を見るように迫る弁護人の主張を理解できなかった。

## 六 足利事件における自白の信用性評価の特徴

東京高裁・高木コートは、自白に秘密の暴露がないという弁護人の指摘を認めたが、捜査段階および地裁公判での自白の信用性を肯定し、被告人の控訴を棄却した。判決では、駐車場でMをみつめて誘い、自転車の後部荷台に乗せて、渡良瀬川の河原に行ったときの状況Ⅰ、Mを殺害したときの状況Ⅱ、Mを全裸にし、愛撫し、射精したときの状況Ⅲ、Mの死体を遺棄したときの状況Ⅳ、これらⅠ～Ⅳが本件犯行の基本事実とした上で、各々の状況について自白した内容は「実際に臨場し、体験した者の供述としての真実味が感じられる」と判示し、原判決に事実誤認はないとした。しかし、被告人の自白から導かれた上記の各状況に、「体験した者」しか提示できない供述内容は含まれていない。それを確認するために、まず、控訴審での実質的な審理がほぼ終了した時点で提出された「平成八年一月一八日付の弁論要旨」（以下「弁論要旨」と略記引用する）から、状況Ⅰ～Ⅳごとに弁護人が問題とした論点の内、重要な部分をピックアップして示そう。

状況Ⅰは、パチンコ店の駐車場で、被告人が、Mをみつめて「自転車に乗るか」と声をかけ、Mを後部荷台に乗せ、渡良瀬運動公園を通過し、運動公園内の外周コースとなっている道路（丁字路）に自転車を止め、Mの手を引いて河川敷の方に連れて行く場面である。この部分は、被告人が逮捕された後の員面調書を基礎に、一月一七日付および一月一八日付の検面調書に記載された被告人の供述をベースにしている。そして、地裁の第五回公判で、調書の作成者である検察官がこの場面について被告人に尋問しており、「弁論要旨」では、公判での検察官と被告人との「一

問「答」を引用し、検察官の質問に対し、被告人がどう対応していたかを再現している。それをみると、検察官は、被告人が「自転車に乗るかい」とMに声を掛ける前後で、二人の間に「色々言葉のやりとりがあった」はずだと考えて、どのような会話があったのかと問いかけているのだが、それに被告人はまったく答えていない。答えられないと表示した方が正確だろう。検察官は、日常的な会話の断片を例示するのだが、それに対し、被告人は「はい」「そうです」とか「よくわかりません」と答えるだけである。被告人は「体験した者」であれば語りうる「具体的な情景」を述べていない。<sup>37</sup> 弁護人はそのことを浮き彫りにしている（「弁論要旨」二七四―九二頁）。

状況Ⅱは、地裁判決によれば、「わいせつ行為をする」と騒がれて人に気付かれるおそれがあるからわいせつ行為をする前に同児を殺害しようと考え、同所において、同児の前面にしゃがみこむようにした上、殺意をもって、やにわにその頸部を両手で強く締めつけ、その場で同児を窒息死させて殺害した場面である。これは、もし被告人が犯人であれば、決定的に強烈な記憶として残る場面だろう。しかし、この場面でも、被告人の供述は変遷している。たとえば上に引用した認定では、被告人が「しゃがみこむように」しているのだから、あきらかにMは立っている。しかし、被告人が初めて自白したとき、「女の子を倒して首を絞めて殺した」とか「女の子の首に手を掛け、うつ伏せ状態にして、両手で首を絞めて殺した」と供述している。その二日後、「コンクリートの道路に立っていた女の子の首を正面から向かい合う格好で女の子の首に両手を当てて絞めて殺した」と供述を変え、以後ほぼ同じ供述が維持されて、これが地裁および高裁の事実認定のベースになった。しかし、弁護人が詳述するとおり、被告人が供述し、人形を使って再現した方法、つまり「左右の親指をMののどのところに当てがって」絞める扼頸方法では、Mの死体に残された左右側頸部の扼痕は生じない（「弁論要旨」一九七―二〇九頁）。現実の殺害行為は必ず死体に痕跡を残すのであり、その点からみれば、扼頸に関する被告人の供述は、「二〇秒位は絞め続けていた」という実行行為の部分の供

述を含めて、現実を語っているとは思えない。<sup>38</sup> もちろん「体験した者」であればこそ述べる供述ではない。

状況Ⅲは、Mの「死体を付近の草むらまで運んで全裸に」した場面である。被告人は、死体から衣服を脱がして全裸にした後、死体を愛撫し、射精したと自白しているが、その供述は、半袖下着の背中側に「一つの線上に点在」している精液痕や死体に残された唾液痕などの客観的な事実と一致しない。自白でも犯行再現でも、Mを全裸にするとき、脱がせた衣類を順次重ねて置いている。「一番下がスカートで、その上にTシャツ、下着、パンツという順序で重なっている状況」であった、と。そして、全裸になったMを抱き、頬などにキスをしながら、自慰をして射精したというのだが、射精した場所と衣類を置いた位置は「〇・七メートル」の間隔がある。この位置関係のまま、右手一本で死亡直後の筋肉が極端に弛緩した死体を抱き、左手で自慰をして射精したというのであるが、これでは、必ず死体に精液が付着する。<sup>39</sup> しかし、死体に、精液は付着していなかった。精液は、半袖下着の背中側に付いていた。であり、「射精されたものがそのまま付着したかのように、わずかに一つの線上に点在」する形状で付いていた。したがって、自白および犯行再現の形態では、「〇・七メートル」離れたところで、しかもパンツの下に「重なって」置かれているはずの半袖下着に、線上に点在するような形状の精液痕を付着させることは絶対に不可能である（「弁論要旨」二一九—二二、二五六—六九頁）。さらに、被告人は、この時、Mの額や口にキスをして、少し舐め、さらに、胸のあたりも舐めたというのだが、Mの額部・胸部には唾液が付着していないし、頬部・口部からは、Mの血液型であるA型の唾液が検出されただけであった。半袖下着に付着した精液と同じB型の唾液は下腹部と陰部に限定されている（「弁論要旨」一一九頁以下、一二三頁以下）。この点、犯人がMの下腹部を舐めながら、顔や胸部を舐めているのは、きわめて不自然であり、捜査により解明されなければならない点であるが、そのことは別論として、被告人の供述が客観的な証拠と一致していないことは確認されるべきであろう。また、弁護人が指摘するとおり、死後硬直

がはじまる前の死体の状況（筋肉が弛緩しているため頭部・四肢・腰部が落ちた状態になっている）を考えれば、この時点の死体の「取り扱いの困難さ」は相当なものであり、Mの死体を抱いて、小柄な被告人が片手で死体を支えつつ片手で自慰をするには、相当な困難があったはずだが、その種の「体験した者」であれば語るはずの困難さを示す供述もない（弁論要旨）二九四頁以下、三三一頁）。

最後に、状況Ⅳは、Mの遺体を遺棄する場面である。ここでは、現実には死体が遺棄されていた場所が供述とは異なるだけではなく、現場検証において、被告人が死体の遺棄した場所を指示できず、検証に従事した捜査員が被告人に遺体発見場所を教示した事実を考えなければならない。「概ねこのあたり」という概括的な指示すらできなかった。これが死体遺棄を「体験した者」の行動といえないことは自明だろう。

以上、状況Ⅰ～Ⅳにつき、被告人が犯行を「体験した者」とはいえず、遺棄現場を指示できなかったことから了解できるように、むしろ現実の犯行について「無知の暴露」が認められる部分を選択して示した。<sup>41</sup> 弁護人の主張は、客観的な事実を丹念に検証し、被告人の自白や犯行再現の写真が客観的な証拠と符合していないことを説得的に示している。

しかし、これに対して、高木コートが弁護人の主張を斥ける理由をみれば、それは驚くほど簡単である。状況Ⅰ（犯行現場への誘導場面）では、①「Mは当時四歳と幼く、誘い出してから殺害するまでの時間が比較的短く、また、その間の行動も自転車に乗せ、手を引いて歩いた」だけだから、「たわいもない会話の一部始終を記憶していないからといって、不自然とはいえない」とし、状況Ⅱ（殺害場面）では、被告人は小柄だから、②Mが「抵抗してある程度暴れたことも考えられ、双方が動く」ので、「頸部の扼痕が、被告人が供述したとおりの頸部圧迫の動作で生じるであろう部位にそのまま存在せず、これとずれても異とするに足りない」とした。状況Ⅲ（死体へのわいせつ行為の場

面）はどうか。まず、半袖下着の精液の付着状況だが、精液が一つの線上に付着していた事実そのものを検討せずに、着衣を置いた場所の記憶の問題に置き換えて、③「犯行後一年半経過した自供の時点で、被告人がMの着衣を置いた位置などを正確に記憶していなくても不自然ではない」と判示した。そして、次に、唾液の付着状況では、④犯行から「十数時間経過後に遺体の体表から唾液を採取している」ので、「顔面等から犯人のものとされる唾液が採取されなくても不審はな」と判示した。最後に、状況IV（死体遺棄場面）では、⑤「犯行は初夏五月であつたが、検証は冬一二月に行われたのであつて、同一の現場でありながら、付近の植物の生育状況は全く異なっている」し、「犯行が行われたのは日没（午後六時四〇分）から間もなくで、現場は相当暗かつたと認められる」ので、「犯行後約一年半後の検証時に死体を遺棄した場所を指示できなかったとしても何ら不思議ではない」と判示した。

控訴審における弁護人の主張と比較したとき、この高木コートの事実認定を何と評すべきか。認定が杜撰であるとか、簡略にすぎるとかではなく、端的に、裁判官たちの視線が「実在的な事実」に向けられていないとしかいいようがない。犯罪は、それが人間の極限的な行為である以上、犯罪の実行者と被害者の各々の行動パターンに由来する個性がある。したがって、自白の信用性を判定しようとするのであれば、個々の「ことば」のみを取りあげ、それを理詰めで評論するだけでは何の意味もない。具体的な容疑内容の犯罪行為をなした（はずの）人間の、具体的場面で体験の言明として、実在的事実によつて触発されて与えられた実在的表象を内容としているのか否かが問われなければならない。東電OL事件におけると同様に、ここでも高木コートはこの実在的事実への視座を放棄して、単なる論理的可能性（観念的表象）を列挙することで、「ことば」の辺々をとらえ、具体的「場」から離れた一般的・抽象的可能性をふりかざして「不自然ではない」「不思議はない」「不審はない」「異とするに足りない」と繰り返している。

具体的に検討しよう。もし被告人が本当に犯罪を実行したのであれば、状況I（犯行現場への誘導場面）でMを「自

転車に乗せ、手を引いて歩いた」行為は、別の類似行為に置換できない行為であり、たとえば勤務先の幼稚園で園児を「自転車に乗せ」たり、園児の「手を引いて歩いた」行為とは異質の行為である。同じことは会話にもいえる。一年半前の日常会話であれば、それを記憶していなくても、「不自然とはいえない」。しかし、弁護人が問題にしたのは、一年半前の日常的な「たわいもない会話」ではなく、被告人が「わいせつな行為をする目的で、これを誘拐しよう」とまで思い、その後、現実には扼殺までした幼女との会話である。したがって、本心に、被告人が「自転車に乗るかい」と話しかけたのであれば、そして、その言葉を憶えているのであれば、その前後にあった会話も、一つ一つが明確な記憶として残っているはずである。そして、それを再現する被告人の供述の中に、いかにもMらしい言葉や表現が含まれているとすれば、<sup>42</sup>その時、はじめて被告人の供述は「経験した者」であればこそ述べうる供述だと認定しうるのである。

状況Ⅲ（死体へのわいせつ行為の場面）の「被告人が着衣を置いた位置」に関しても、弁護人は、一年半前に「何らかの日用品を置いた場所」を問題にしたのではない。「死体から脱がせた着衣を置いた場所」を問題にしたのである。高木コートの認定によれば、本件は「わいせつ行為」をするために幼女を「扼殺」した事件だから、「わいせつ行為」つまり服を脱がせる行為こそ、犯人が目的とした犯罪の核心部分である。犯人は、これをやりたいがために犯罪を犯した。この場面は、その後の生活においても繰り返し回想されたはずであり、絶対に忘れるはずのない事柄である。そして、弁護人は、いかなる形態で、この犯罪行為の核心部分が実行されたかを考えて、その形態と自白が示す形態との大きな齟齬を問題にしたのである。この部分は、被告人の自白によるわいせつ行為の形態が半袖肌着の背中側に「一つの線上に点在」した精液痕と一致しない点だけを取りあげても、現実の犯行形態と自白との関係とを端的に示す核心事実であるが、高木コートは、弁護人が提起した問題を着衣の「置き場所」の問題にすりかえて、一年



半後のことから、正確な置き場所の記憶が明確でなくても不自然ではなく、問題はないと判示した。裁判官が精液痕という実在的事実から目を逸らせ、一般論（観念的表象）に依拠したことはあきらかであろう。

状況Ⅳ（死体遺棄場面）でも、現場検証において被告人が死体遺棄の場所を指示できなかったことを、高木コートは単なる記憶の問題とした。犯行時（初夏）と検証時（冬）では、遺棄現場付近の植物の生育状況が異なること、犯行時「現場は相当暗かった」ことから、犯行から「一年半後の検証時に死体を遺棄した場所を指示できなかったとしても何ら不思議ではない」という。ここでも、幼女殺に続く全裸死体の遺棄という非日常的な個性が抽象化され、一般論に置き換えられて、一般的な言明が語られているだけである。状況Ⅳに関する被告人の自白の変遷をみてみよう。はじめ、被告人は、死体を抱きながら自慰をした場所から「五〇メートルは離れ」た場所に遺棄したと自白していた。その後、現場検証で、遺棄した場所（死体発見場所）を指示できず、捜査員から教示をうけた後、「三〇メートル位死体を動かしていることが判りました」という自白に変わっている。しかし、実測すれば、遺体の移動距離は直線距離で「四〇・四メートル」ある。つまり、はじめの供述では、死体を「五〇メートル運んだ」のだが、実際は、あくまでも直線距離で、それゆえ最小限でも「死体を四〇メートル運んだ」ことになる（「弁論要旨」二六九以下、二九八頁以下）。幼女の全裸の遺体を両手で抱えて、被告人の背より高い群生した葎の藪地を四〇メートル以上も進んだところで、死体を遺棄したのが事実であれば、「死体をいたずらした場所から五〇メートルは離れて」いたという当初の自白はありえない<sup>43</sup>。逆もそうだろう。「いたずらした場所から五〇メートルは離れ」たところに死体を遺棄したのが真実であれば、四〇メートル以上も離れたところに遺棄したと自白することはありえない。しかし、ここでもまた、高木コートは、自慰の対象であり、それ故、犯行の目的物であった（そして犯人が最も執着している）幼女の死体の運搬がどういう形態で行われたのかという問題を、単に場所の記憶という一般の問題に置き換えて



た上で、指示できなかったことは「何ら不思議ではない」と判示した。ここでも裁判官たちの視線は犯罪という実在的事実に向けられていない。

最後に、状況Ⅱ（殺害場面）の殺害行為の認定だが、弁護人は②（殺害方法）の事実認定を「二審判決の勝手な創作」だと断定した（「上告趣意」三四七頁）。まことにそのとおりである。高木コートは、被害者のMが抵抗して暴れたため、扼痕がずれた可能性があるというだけであり、判決文には、その根拠も、その程度も、まったく論じられていない。ここにも、実在的表象はなく、ただ観念的表象だけが言語化されているだけである。他方、殺害行為の認定に際し、被告人が「首を絞めて殺した」と自白したことを挙げて、高木コートは、⑥「殺害の方法は扼頸のほかにもいろいろあり得るのに、取調官から示唆や押し付けはなかったと言っている被告人の、自供どおりの方法で殺害が行われている事実は、被告人があらのままを語っていることを示している」と断定した。具体的な扼殺方法の齟齬の点は置くとしても、Mが首を絞められて殺されたことは、弁護人も「上告趣意」で指摘するとおり、死体が発見された翌日から報道されており、当時の足利市民のほとんどが知っていた公知の事実である。報道されているとおりに、「首を絞めて殺した」と自白したことが、一体どういう理由で、「ありのままを語っている」ことの証明になるのだろうか。

## 七 事実の抽象化と置換—現実をみない事実認定

上記の自白の信用性判断には、「東電OL殺人事件」における情況証拠評価と共通性が認められる。先に、「現実的な実在的事実をみることなく、事実認定をした」と書いた高木コートの事実認定が、足利事件の自白の信用性評価で

も繰り返されている。弁護人が「創作」と呼んだ②（殺害方法）を取り上げてみれば明白だが、ここでは、裁判官の悟性によって構成された観念的表象に決定的な意味が与えられている。たとえば、「正面から向かい合う」ように幼女Mの首を絞めたという被告人の自白は、死体に残された扼痕と一致しない。そして、実在的事実（扼痕）と一致しない以上、その供述は「偽」である。しかし、可能性の問題であれば、高木コートが判示するように、首を絞められた被害者Mが抵抗して暴れた可能性はありうる。抵抗のために扼痕が「ずれて」しまい、主観的には、Mに正対して、両手で「輪を作る」ようにして首を絞めたつもりでも、客観的には、首の側面から絞めたことになり、それによって首の左右側面に扼痕が残った可能性はある。悟性は可能な状況を自由に表象する。しかし、それだけでは、「犯罪の容疑と可能的に一致する事実」や「犯罪の容疑と無矛盾的な事実」が言語化されているだけであり、実在的事実は与えられていない。つまり、②（殺害方法）もまた、裁判官の悟性が創り出した観念的表象にすぎず、カントのいう「空虚な思考」の記載でしかない。②（殺害方法）は、抽象的な推論としては「間違いないではない」かもしれないが、東電OL殺人事件の⑦（二〇時七分の乗車）と同様、それは刑事裁判における事実認定になっていない。②（殺害方法）に対し、弁護人は「勝手な創作」だと批判したが、正鵠を射ている。

本稿の冒頭で示したように、人間は、悟性的な表象の中では、自由に「事実」を想定できるし、実在的な事実を、自由に孤立化させ、それを「置き換え」て自在に構成することもできる。たとえば、③（死体へのいたずらの方法）および⑤（死体遺棄方法）をみよう。ここは、死体から服を脱がして自慰をした場面であり、異常な小児性愛者である犯人からみれば、犯罪行為の核心部分をなす性的行為である。それ故、細部まで正確に再現できないはずはないが、自白どりの方法では、脱がせた半袖下着の背中に精液痕を残すことはできない。事件の核心部分についての自白が犯罪の痕跡を示す実在的事実と一致しない。つまり被告人の自白は「偽」である。ところが、この決定的な齟

齧につき、③（死体へのいたずらの方法）では、「服を脱がして自慰をした」という行為から、その一部だけを人為的に孤立化させ、被告人は脱がせた服を「どう置いたのか」という「置き方」の問題に矮小化し、自白し再現してみせた「置き方」とは「別様の置き方」をした可能性があると指摘して、②（殺害方法）と同じ論理で、自白と「事実」が概ね一致するとの結論を導く。この「別様の置き方」という「事実」は、しかし実在的な事実ではなく、容疑にあわせて可能的に表象された事実（観念的表象）である。しかも、裁判官は、自らの悟性が構成した観念的表象の中で、本体である犯罪の核心的な行為から任意に孤立化させた些細な部分行為に対して、こういう些細なことを「記憶していなくても不自然ではない」と断定する。自らの些細な部分に論点を移しておいて、些細な部分だから、若干の齧は無視しうるといふわけである。このような論理操作の中で、事実上、「認識と実在的事実の一致」という伝統的な「真偽」の基準は完全に意味を失っている。

まったく同じ論理は⑤（死体遺棄方法）でもみられる。幼女の全裸死体を遺棄する行為がどのように行われたのかという問題が、遺棄した場所の記憶という問題に矮小化され、その正確な「場所を指示できなかったとしても何ら不思議ではない」という。被告人の背より高い群生した葦の敷地を被害者を抱えて移動したという被告人の自白は、死体の体表面に擦過傷がないという実在的事実と一致しない「偽」の自白である。しかし、ここでは、実在的事実を容疑と可能的に一致する事実と「置き換える」ことによって、事実と一致した自白と評価されて、自白に信用性が認められる。こういう論理が許されるならば、事実認定は認定者である裁判官の思うままになるが、しかし、この種の「置き換える」論理は、実在的事実に対してではなく、ただ悟性によって表象された事実に対してのみ成立する。したがって、これもまた、事実認定の論理ではない。

このように、足利事件における高木コートの事実認定は、東電OL殺人事件と同様に、実在的な事実から遊離し、

悟性が自由に表象した事実を容疑に合わせて組み立てているだけである。しかし、実在的事実から遊離したところに「真偽」はありえない以上、それは、本来の刑事裁判における事実認定とは無縁のものである。もちろん刑法第一条の事実認定における真実表示義務をまったく充たしていない。

## 八 公訴提起における検察官の真実表示義務

刑法一条の真実表示義務は、裁判官のみならず、検察官をも拘束する。起訴状に公訴事実として記載された「罪となるべき事実」は、審判において、「真偽」が争われる対象だから、「真偽」の唯一の判定基準として、実在する犯罪事実が「ありのまま」に記載されていなければならない。さもなければ、公訴事実の「真偽」を問えなくなり、真偽の判定可能性を前提にしてみたりする裁判制度そのものが成り立たない。ところが、わが国の刑事訴訟実務では、往々にして、実在的な事実が軽視され、時に無視され、最悪の場合、隠蔽される。本稿が考察してきた二つの事件でも、起訴状に記載された公訴事実の「真偽」を左右するほど重要な実在的事実が隠されたまま、検察官は公訴を提起していた。ここでは公訴提起における真実表示義務について考察しておこう。

足利事件では、捜査段階で作成された自白調書に関して、検察官は重要な事実を隠していた。再審開始が決定し、公判がはじまる前、足利事件の取調べの一部分が録音されていたことを朝日新聞がスクープし（二〇〇九年八月一日朝刊）、再審無罪の確定後、弁護人であった佐藤博史がこの貴重な録音の一部を紹介している。引用された反訳をみると、被告人は、Mの殺害を自白した後、余罪についての取調べにおいて、未解決であった二件の幼女誘拐殺人死体遺棄事件に関して、二名の警察官から犯人かと問われて、あまりにも簡単に「はい、そうです」と自白した。検察

官に対しても同様の自白をしている。しかし、この事件の主任検事は、足利事件を含めた三件の自白調書の内容が不自然であることに気づいた。<sup>47</sup> 何故か。すべての事件で、同じことを自供しているからである。主任検事は被告人に語りかけている。被害者は「みんなそれぞれ違うわけだ。時期も違う。場所も違う。年齢的には似通っている」けれども、「みんなそれぞれ違って」いる、と。本稿でも、事件には個性があると書いたが、同じことを検事は被告人に語っている。ところが、被告人の自白では、すべての犯罪行為が画一的であり、まったく個性がない。たとえば、「女の子を見つけたときに、いつも女の子がしがんでいる」こと、その後、被告人は「女の子のそばに行って自転車进行を止めて」声をかけていること、その内容は「自転車に乗るかい」という言葉であること、そしてMを含めた三人の幼女が「すぐその場で自転車に乗っている」こと等々、事件の端緒となる部分の自供内容がすべての事件で同じである。殺害の方法についても、「それで、首を絞めるわけだよね。首絞める絞め方は同じ」で、幼女は「立ったまま。まったく同じやり方。ね。で、その後、ね。まあすぐやるかどうかはともかくとして、いたずらして。ね」、と続けている。そして、その中で、主任検事は、被告人の自供が「みんなこう、みたいなパターンでね、やってるもんだから。本当かいなっていう気もね、あつて」と被告人に告げている。この「本当かいな」という気持はおそらく主任検事の正直な感想だろう。この取調べは一九九二年二月四日に行われ、その内容がテープに録音されているが、この時点で、主任検事はあきらかに被告人の自供内容に疑問をもっている。<sup>48</sup>

しかし、パターン化した供述に疑問をもちながらも、それは足利事件の自白に対する疑問へと繋がらなかった。だから、検察は、被告人の起訴を維持し、公判での有罪立証を行っている。そして、第一審の公判が行われているとき、上記主任検事は、宇都宮拘置所で被告人を取り調べ（九二年二月七日）、それをテープに録音した。そこでは、二件の別件にふれながら、これまでの自供内容にこだわらず、「本当に君がやったのかどうか、そこを聞きたい」と

話しかけている。そして、この時、被告人は「やってません」と容疑を否認した。この部分をみると、佐藤が分析するとおり、主任検事は二件の別件に限定して質問しているのだが、被告人は三件すべてについて「やってません」と答えている。<sup>49</sup>ここが足利事件の捜査および公判の最大のポイントであった。しかし、主任検事は、被告人が足利事件をも否認していることに気づき、翌日の取調べでは（九二年二月八日）、DNA鑑定が一致したという鑑定結果を挙げながら、被告人を追いつめ、再び捜査で自白したとおり、Mの殺害を認めさせている。何故、主任検事は、別件の自白に対しては「偽」であることを了解しながら、すでに公判がはじまっている足利事件の自白に対しては、それが「偽」であると考えなかったのか。被告人の自供は、内容がパターン化し、リアリティーがない。しかも、三件の事件すべてにおいて、それは共通している。足利事件の自白だけが、何故、「偽」であると考えなかったのか。おそらく、DNA型鑑定の一致という鑑定結果が絶対視され、それが主任検事の「確信」になっていたからであろう。<sup>50</sup>科学捜査への信頼が、自らが直観しているモノ（つまり被告人のリアリティーを欠く供述そのもの）への視線を遮断してしまった。佐藤は、この二月八日の取調べを「悪魔の取調べ」と呼び、この時、『真実』は再び闇に隠された<sup>51</sup>と書いた。

たしかに「真実」の判定基準（實在的事実）は隠された。当然、真実は暴露されなければならないが、その唯一の方法は、「真実」の仮面をかぶった言明が實在的な事実と一致するか否かを検討し検証することである。ただ實在的事実だけが刑事裁判における「真偽」の唯一の基準である。足利事件の主任検事が幼女殺害に関する上記三件の事件の自白言明にリアリティーがないと考えたとき、彼は、自らが直観している事件の客觀的事実と被告人の自白言明の両者を丹念に再検証すべきであった。たとえば幼女の死体である。その左右側頸部に扼痕が残されており、額や胸には唾液痕がなく、体表面に擦過傷はない。これが死体から与えられる事実であり、そして、死体各部の「あり方」

は、犯罪行為の現実に規定されたとおりに「ある」。實在的事実には、それ以外の「あり方」はない。だから、このことを踏まえて、主任検事が直観したりアリティを欠く被告人の自白内容を検証していたならば、自白内容が殺人事件を構成するもつとも重要な實在的事実である死体各部の「あり方」と一致していないことから、二件の類似事件に関する自白と同様、足利事件の自白もまた「偽である」と了解する可能性が充分にあったといえよう。

東電O.L殺人事件では、より決定的な事実が隠蔽されて、公訴が提起された。捜査の最初の段階で、渋谷警察署長は、死体の各所からガーゼ片で採取した付着物につき、科学捜査研究所に鑑定を囑託し、口唇周囲および左右の乳房周囲の付着物には、唾液様のものが認められ、そこからO型の血液型反応が認められたとの鑑定を得ている。<sup>52</sup>そして、すでにみたとおり、被害者も事件当日コンドームなしに性交した常連客も、血液型はO型であった。だから、当時の技術ではDNA型判定ができないほど微量の精液（血液型O型）が被害者の体内に残されていたが、それは常連客のものだと考えられた。なぜなら、性交した後に、被害者がシャワーを使い湯船に入ったことまで確認されていたが、入浴をしていたとしても、すべてが洗浄されず、微量の精液が体内に残された可能性は充分に考えられたからである。捜査員がそう考えたことは、悟性的な判断として不合理ではない。しかしながら、被害者が入浴している以上、少なくとも体表面は洗浄されているはずだから、その口唇および左右の乳房の周囲から唾液様の付着物（血液型O型）が検出されたのであれば、それを常連客（および被害者本人）のものだと考えるのは、悟性的な判断として不合理である。

口唇および左右の乳房周囲から採取された唾液様のモノは、血液型がO型であっても、常連客とは別人が付着させたモノと考える以外にない。そして、そうであれば、午後一時三〇分ころ、K荘一〇一号室前で、被害者と共に目撃された者の唾液である可能性が高い。つまり、K荘一〇一号室において、被害者と最後の性交をした本件犯人の

血液型はO型だということになる。ところが、この唾液様の付着物という実在的な事実および鑑定結果は、それが殺人行為と直結する実在的事実（物証）でありながら、再審段階で初めて示されるまで、完全に隠蔽されていた。被告人の血液型はB型であるから、被告人の容疑がこの物証とまったく一致していないことを知りながら、悟性により構成された観念的表象である容疑を捨てるのではなく、実在的事実たる物証の方を隠蔽して、実在的事実と一致しない（単に表象されただけの）事実を「罪となるべき事実」として起訴状に記載した。つまり、検察は、「罪となるべき事実」に記載された言明が「偽」である可能性を意識しながら、公訴を提起し、公判で有罪の主張を続けたのであった。

刑訴法はこのような公訴を提起する権限を検察官に与えていない。しかし、報道によれば、再審段階でこの鑑定書の隠蔽が問題となったとき、法廷に提出する証拠について、東京高検の次席検事は「立証責任を負う検察が必要と思うものを出す」のだと説明した。<sup>53</sup> この説明の前提には、証拠収集などの準備活動は、それぞれの訴訟当事者の努力と責任において行われるべきだとする「当事者主義」の訴訟観がある。ここから、被告と原告という対等な当事者が、自らの活動によって、自らの主張を支える証拠を収集し、自らの主張を支えるための立証を行うことが、現行刑訴法が立脚する当事者主義であり、自らの主張とは関係ないと判断した資料を法廷に提出する必要はないと帰結する。これは、あきらかに欺瞞であり、かつ、公法の解釈としても正当化し是認しうるものではないが、実務家のみならず、それを支持する学説も少なくない。<sup>54</sup>

しかし、検察の行使する訴追権は、それが強制力を伴う国家権力の行使である以上、ただ刑訴法に羈束されるのみ正当化される。そして、先に示したとおり、刑訴法一条は、裁判官と検察官に対して真実表示義務を課した上で、検察官の公訴提起に関しては、起訴状に「罪となるべき事実」を特定した訴因を記載するように求める（刑訴法



二五六条一（三項）。それ故、国家の権力機関として、検察官が「罪となるべき事実」を記載するとき、実在的事実を記述した言明が記載されなければならない。この言明こそが審判の対象となる。刑法一条は検察官に実在的事実を基盤としない言明を起訴状に記載する権限を与えていない。たしかに、刑法上、検察官が手にしている証拠のすべてを開示する義務はない。しかし、起訴状に記載された言明の「真偽」にかかる事実（証拠）を隠蔽して公訴を提起すれば、刑法一条が裁判官と検察官に課している「事案の真相」をあきらかにする職務上の真実表示義務を逸脱したものとなる。もちろん、再審の際、検察が最後まで主張したことであるが、事件の当夜の午後一〇時一六分ごろに常連客とホテルを出てから、午後一時三〇分ごろまでの間に、被害者がK荘一〇一号室以外の場所で性交を行い、そこで唾液が付着した「可能性」はあるかもしれない。しかし、すでに検討してきたように、それは、あくまでも検察官の悟性によって自由に構成された「可能性（観念的表象）」にすぎない。したがって、被害者がK荘一〇一号室以外の場所で、一時間少々の中に、口唇部や乳房付近に唾液が付着するような形態で性交したことを示す実在的事実によって補充されない限り、検察官が隠蔽した科捜研の鑑定書は、起訴状に記載された「罪となるべき事実」が「偽」であることを証明する証拠である。被告人は、このような無罪を示す証拠が検察官によって隠蔽されたまま公訴提起され、有罪となり、収監されたのである。

## 八 結語―検事は自らを告訴し、判事は自らを裁け

実在的な基礎がなく、単に悟性が表象しただけの事実を前提とするかぎり、そこに刑罰法規の解釈はありえない。刑罰法規の解釈は、常に「真偽」が問題になるのだから、実在的な犯罪事実によって触発された実在的表象を言語化

した命題に対してのみありうる。起訴状および有罪判決に記載された「罪となるべき事実」の言明につき、ただ実在的事実のみが「言明」に対する「真偽」の判断基準になるからである。したがって、実在的な基盤のない事実言明を記載して公訴を提起した検察官も、単なる可能性に立脚して有罪判決を言語化した裁判官も、あきらかに検察官や裁判官の正当な職務権限を逸脱している。刑事訴訟法は、単なる観念的表象を言語化して刑事責任を求めることも、刑事責任を認めることも許容していない。

しかしながら、過去も現在も、多くの事件において、単なる観念的表象が「罪となるべき事実」として起訴状に記載されて立件され、判決書に記載されて有罪が宣告され、無罪が処罰されている。本稿で考察した二つの事件の立件や審判は決して特殊な例外ではない。実在的事実を無視した立件、同じく実在的事実を無視した審判・判決は、残念ながら、どちらも少数ではない。この種の刑事裁判で呻吟する無辜の人権を考えると、実在的事実を無視して起訴状を書く検事に対しては「自らを訴追せよ」というべきであり、実在的事実を無視して「罪となるべき事実」を書く判事には「自らを裁け」というべきである。

最後に、以上の考察との関連で、「大阪母子殺人事件（最判平成二二・四・二七刑集六四・三・二三三）」の審判について付言しておく。この事件でも、本稿が検討した二つの事件と同様、検察官は、観念的表象でしかない「事実」を起訴状に記載して死刑を求刑し、大阪地裁および高裁の裁判官もまた、観念的表象でしかない「事実」を「罪となるべき事実」に記載して有罪判決（地裁は無期懲役、高裁は死刑判決）を書いている。ただ、上告審では、最高裁第三小法廷に係属し、地裁および高裁の事実認定が真摯に検証された点、被告人は「幸運」であつた。<sup>55</sup>第三小法廷の裁判長・藤田宙靖は、補足意見において、次のようにいう。すなわち、本件において認定されている各事実は、「いづれも、被告人が犯人である可能性があることを示すものであつて、仮に被告人が犯人であると想定すれば、その多くが

矛盾無く説明されるという関係にあることは否定できない」として、悟性が表象する可能性のレベルでは、被告人の犯人性が成り立ちうることを認めながら、しかし、そのような「事実」は一つの「仮説」にすぎない。そう述べた上で、「被告人を犯人と断定するためには、『被告人が犯人であることを前提とすれば矛盾無く説明できる事実関係』に加えて更に、『被告人が犯人でないとしたならば合理的に説明できない（あるいは、少なくとも説明が極めて困難である）事実関係』の存在が立証」されなければならないと藤田は論じた。<sup>56</sup>

この指摘はあきらかに「東電OL殺人事件」を意識している。藤田は、「東電OL殺人事件」の上告審を裁判長として審理し、被告人の上告を棄却した。しかし、藤田は、自らの決定に疑問をもち、それを考え続けてきたのである。 「大阪母子殺人事件」の上告審では、「東電OL殺人事件」における藤田の経験が大きく影響している。「被告人が犯人であることを前提とすれば矛盾無く説明できる事実関係」が立証されただけでは不十分だという指摘は、「犯人の可能性（観念的表象）」の提示では立証になっていないことを確認するものであり、本稿の主張とも一致する。たとえば、K 荘一〇一号室に残された被告人の精液と陰毛の事実認定がその典型である。確かに、被告人が犯人であれば、これらの事実は矛盾なく説明できる。しかし、それは、被告人が犯人でないとしても、矛盾なく説明できる事実である。本稿で検討したとおり、被告人の精液と陰毛は、被告人がK 荘一〇一号室で性交したことに對する「真偽」の基準となる事実であっても、殺人行為に對する「真偽」の基準となる事実ではない。

かくて、藤田は、この種の容疑を示す事実「に加えて」、「被告人が犯人でないとしたならば合理的に説明できない（あるいは、少なくとも説明が極めて困難である）事実関係」の立証を要求した。<sup>57</sup> この第三小法廷判決が情況証拠の評価基準として説示した命題に對して、有罪認定の慎重化を求めたという意味で、吾々は基本的に支持する。ただし、それが、「被告人が犯人である」という命題に反する「被告人は犯人でない」という命題を仮定して、この命題

により説明できない事実がある場合に、「被告人は犯人である」という命題が「真」になるというだけの意味である  
とすれば、賛同しがたい。なぜならば、それでは、情況証拠による認定は帰謬法という形式を採るべしという「形式」  
の問題にのみ帰することになるからである。本稿で検討したように、誤判原因の最大のポイントとは、実在的事実からの  
遊離という「実質（形式の上に載せられるべき内容）」にある。高木コートの誤判原因は、様々な局面で、実在的事  
実に触発されて与えられる実在的表象を言語化するのではなく、単なる観念的表象の言語化にすり替えたことにあっ  
た。とすれば、藤田のいう「被告人が犯人でないとしたならば合理的に説明できない」事実もまた、まさしく実在的  
事実であると捉えるべきであり、この事実の実在証明が要請されると考えるべきである。ここで単なる観念的表象へ  
のすり替えが許されるのであれば、事態は形を変えて繰り返されるだけだろう。実在的事実に基づかず、悟性が自由  
に作り出す表象（プロバビリティ）にのみ基づく有罪認定は許されない。吾々は、この点を明記した上で、第三小法  
廷判決が提示した命題に賛意を表する。<sup>58</sup>

1 イマヌエル・カント『純粹理性批判』（高峰一愚訳・世界の大思想一二巻）一四六頁以下。刑法の場合、罪刑法定原理の帰結と  
して、本文で示した「包摂的判断力（die subsumierende Urteilskraft）」だけを問題にすれば足る。類推が認められる民事法で  
は、事実から法則を求める「反省的判断力」も問題になり、より複雑である。カント『判断力批判』（坂田徳男訳・世界の大思想  
一三巻）一五八頁以下参照。なお、カントをはじめとした外国文献の引用に関しては、専門家による翻訳書に依拠して引用する  
が、本稿で使用する用語との整合性をはかるため、訳文は翻訳書の文章と同じではない。

2 デイター・ネル「サヴィニーの『生きた直観（lebendige Anschauung）』」（青井秀夫・西村重雄訳）法学四五巻六号八二頁  
以下、特に一〇六頁以下参照。

3 たとえば原島重義『法的判断とは何か』一四八頁以下、一六九頁以下などを参照されたい。

4 カント『純粹理性批判』九三頁以下参照。

5 カント『前掲書』六三頁以下。カントはいう。「感覺を通して対象と關係する直観は經驗的 (empirisch) なものだと言つてよい」と。

6 たとえばサヴィニーのいう「直観」もフィヒテ以降の直観である (ネル『前掲』一〇〇頁以下参照)。それはカントのいう直観とは異なる。しかし、カントが考えたように、対象に触発 (Affektion) され、その限りで、認識主体が認識客体と直接的に關係し合うところに、認識論における「直観」の根源的な意味をみいだすべきである。ここを抽象化してしまうドイツ觀念論的な論理は、認識内容からリアリティーを奪ひ、認識内容を「空虚な表象 (leere Vorstellung)」にしてしまう。このことに關しては、一九二五年から二八年にかけてのハイデガーによるマルブルク大学の諸講義——ハイデガー全集二〇卷『時間觀念の歴史への序説』(常俊宗三郎、嶺秀樹、レオ・デュムベルマン訳)、二二卷『論理学』(佐々木亮、伊藤聡、セヴェリン・ミュラー訳)、二五卷『カントの純粹理性批判の現象学的解釈』(石井誠士、中原孝、セヴェリン・ミュラー訳) などで示されるカント解釈を参照されたい。本稿の考察でも、ハイデガーの直観概念に依拠するところが多い。

7 この点に關して付言すれば、刑事法学の様々な分野において、「實在的表象」と「觀念的表象」の混同によつて、刑事法学の様々な分野で問題が生じている。たとえば、「過去の犯罪の存在」と「将来の犯罪の遂行可能性」を同一視して「将来の犯罪に対する」強制捜査を許容する井上正仁の論理を批判したものとして刑法理論史研究会「国家に盜聴の權利はあるか」九州国際大学法学論集五卷二・三号一五四頁以下参照。証拠評価における同様な問題については梅崎進哉「主観的構成要件要素の存在と認識」九大法學五九号一八三頁以下。なお、実体法分野での典型的例として山口厚の不能犯論があげられる (宗岡嗣郎『客観的未遂論の基本構造』九頁以下参照)。

8 たとえば、ハイデガー『論理学』一〇六頁以下、ネル『前掲』九五頁以下、サヴィニー『現代ローマ法体系』(小橋一郎訳・第一卷) 七頁以下など参照。

9 たとえば自白の信用性評価については、「客観的・分析的」判断と「主観的・直感的」判断が存在しうるとされている。前者は、「秘密の暴露の有無」や「客観的状況との矛盾」等に着目して自白の信用性を判断するというアプローチであり、後者は、自白が「迫真的である」とか「大筋をはずしていない」などのいわゆる「印象」に依拠する証明力の判断方法だといつてよいだろう。したがって、この「直感」は自白という供述についての全体的印象を中心とするものであり、決して認識客体 (自白者が直観し

たはずの實在的事実」との直接的関連性を保証するものではない。むしろ様々な誤判事件がそうであったように、「直感」を理由とした實在的事実からの遊離が正当化される危険があることに留意すべきである。カントのいう「直観」はこういう意味ではない。

10 「知性とモノの一致 (adaequatio intellectus et rei)」は、アリストテレスに由来し、スコラ哲学に継承された伝統的な真偽の判定基準であり（クラウス・リーゼンフーパー『中世哲学の源流』二四六頁以下など参照）、近現代の論理学でも、多くの論者が依拠している。カントもそうである。

11 たとえば田宮裕『刑事訴訟法とデュー・プロセス』一三九頁以下。

12 カントによれば、「真実とは認識とその対象との一致である (die Übereinstimmung der Erkenntnis mit ihrem Gegenstande)」である。カント『前掲書』八八頁、一七六頁、二〇八頁以下等、多くの箇所でカントはこの真理基準を指摘する。

13 東京地判平成二・四・一四判タ一〇二九・二二〇、東京高判平成二・二・二二判タ一〇五〇・八三、最決平成一五・一〇・二〇最高裁判所裁判集刑事二八四・四五一、再審開始決定（東京高決平成二四・六・七高刑集六五・二・四）、再審無罪判決（東京高判平成二四・一・一七判タ一四〇〇・三七二）。

14 再審開始決定でも、当該コンドームは、被告人が「同所で誰かと性交した蓋然性が高いということにとどまる」と指摘している（付点は引用者）。

15 被告人の供述を総合すれば、平成八年二月二〇日ころ、犯行現場近くのビルの自室で被害者とはじめて買春し（このときは同室者二名を含め、三名が被害者と買春している）、その後、平成九年一月下旬ころ、同年二月二五日から三月二日までの何れかの日に、どちらもK荘一〇一号室で、被害者と買春している。さらに、二月初旬から一四日のいずれかの日に、別の女性と同室で買春している。

16 「？外人〇・二万」という表示につき、被害者の買春客二〇名の供述調書から、高裁は「初めての客相手に売春する際、……相手手が名を明かさず、勤め先など連絡のヒントさえ与えてくれなかったり、……今後は客にはできないと判断した」際に、「？」の符丁を付記したとしている。

17 さらに、高裁は「当初、……四五〇〇円くらいを支払ったという明確な供述が、途中から『それより少ない可能性は幾らでもある』などと変更されること自体、不自然である」としている。

18 再審開始決定では、④の事実の供述は、被告人が「検察官から本件手帳の開示を受ける前にされた」ものだから、被告人は「本件手帳の記載内容を知ることなく上記のように弁解した」のであり、それを考えれば、二月二十八日の欄に「?外人〇・二万円」と記載されていたことは「偶然の一致にすぎないとは断定し切れないと思われる」とされている。

19 高裁は次のように認定している。管理人Lは、三月一日日に、「K荘に立ち寄り、一階一〇一号室前通路に面した窓から中を見ると、空室のわずなのに女性が畳の上に横臥しており、出入口は施錠されていなかったが、その頃部屋を貸す話が出ていたネパール人の知り合いが入り込んで仮眠をしているものと軽く考えて、部屋の中まで入らずに、外から施錠（内側からは、レバーを回すことにより簡単に開錠できる）をしただけで戻った。Lは、翌一九日午後五時ころ、再度K荘一〇一号室を見回りに行き中に入ってみて、前日仮眠中と思った女性が、実は死体であることを発見し、直ちに警察に急報した」と。なお、地裁の認定では、上記「通路に面した窓」も無施錠であった。

20 被告人は「三月五日に給料が入れば、家賃と一緒に一〇一号室の鍵を返すことになっていたが、鍵を返した後もLが部屋に鍵を掛けるまではセックスをするために使おうと思い、鍵をかけなかった」と供述している。

21 この部分は再審開始決定からの引用である。

22 これは蓋然性に関する論理則違反でもある。詳述はしないけれども、被害者の所持金を計算するところでも、同様の批判があらはまる。

23 長坂町放火事件（最判昭和四八・一二・一三判時七二五・一〇四）の控訴審判決（東京高判昭和四四・一一・二〇）がその典型である。「密室性」を事実認定の基礎に据えることは、その有効性の大きさゆえに、判断者にとっては誘惑的であり、安易な「密室性」認定に流れる危険性を持つ点に強い警戒が必要だろう。

24 一番第二五回公判で、被告人は、渋谷駅からすぐに帰宅することもあれば、ハチ公前に寄ることもあった旨の供述をしている。「ハチ公前にはネパールの人たちも来るので、ネパール人に会えることもありますし、広場にそのままたずんでいるのもよかったです。あるいはセックスをさせてくれる女性が集まるということも知ったので、いることもありました」と。

25 一応、インド料理店Hの店長代理などから、被告人が午後二〇時にはHを出ていた旨の証言はある。

26 一番第三〇回公判での供述。この供述は、家族の待つ自宅に帰るわけではない被告人の立場にからみれば、もっともな内容であった。しかし、判決では、翌日のバイキングのための準備があり、実際に店を出たのは一〇時をこえていた旨の被告人の供述



ともども、「被告人供述は措信し難い」と一蹴されている。

27 これに対し、④（被告人が目撃された可能性）が単なる可能性（観念的表象）にとどまらず、K荘一〇一号室に通じる階段で目撃された人物が被告人であるという実在的事実、あるいは⑤⑥に関して、犯行時刻に現場に存在できるのは被告人以外にいないという密室性が実在的事実として確実に立証されていたのであれば、それに依拠して（被告人が現場に存在したのなら）一〇時七分の電車に乗った」に違いないという推論を形成し、⑦（一〇時七分の乗車）の事実を認定することも許されるだろう。

28 免田事件を典型として、「アリバイくずし」型の誤判事件が枚挙にいとまがないのは、この点についての認識の甘さが原因だろう。「単なる可能性」を以てアリバイくずしが許されるのは、「アリバイの存在」という一点を除いて、合理的疑いをほさむ余地がないまでに証明されているケースのみである。ここでも、実在的表象と観念的表象の区別が自覚されないまま、単なる可能性（観念的表象）の摘示を以て、他の弱い証明を補強したかのように考える誤った思考慣性が支配しているように思われる。

29 刑事裁判において「罪となるべき事実」を書くのは検察官（刑事法二五六条一～三項）と裁判官（同三三五条一項）だから、刑事法一条の名宛人は裁判官と検察官である。したがって、検察官と裁判官には、それぞれ起訴状と判決書に真実を表示する義務（真実表示義務）が存することになる。

30 後に詳述するように、たとえば、高木コートは足利事件において、被告人の自白の信用性を評価するに際して、「自供どおりの方法で殺害が行われている事実は、被告人がそのまますべてを語っていることを示している」と判断している（東京高判平成八・五・九高刑集四九卷二二二八頁）。

31 このような表現が現れるのは往々にして、本文で指摘したような、観念的表象が実在的事実に代替される場面である。その意味では、高木コートも、自己の認定の誤謬性を「直観」していたのかもしれない。

32 カント『前掲書』八五頁。なお、カントは、引用文の直前に、感性なくして、いかなる（認識）対象もないと書き、引用文の「内容」が感性的直観であることを明示している。

33 主任弁護人の佐藤博史は、被告人の毛髪を資料に、独自に日本大学医学部教授（法医学）に依頼しており、科警研鑑定が基準とした「123マーカー」ではなく「アレリック・マーカー」を使って、被告人の型が「MCT118型検査法で18・29型」だと判明し、Mの半袖下着に付着した精液の型（アレリック・マーカー）これをみれば「18・30型」となる」とは一致せず、科学警察研究所の鑑定が誤っていること（それ故一審および二審の事実誤認）を確認していた。



- 34 宇都宮地判平成五・七・七判タ八二〇・一七七、東京高判平成八・五・九高刑集四九・二・一八一、最決平成一二・七・一七刑集五四・六・五五〇、再審開始決定（東京高裁決定平成二一・六・二三判タ一三〇三・九〇）、再審無罪判決（宇都宮地判平成二一・三・二六判時二〇八四・一五七）。
- 35 佐藤博史「足利事件の取り調べテープが教える取り調べの技術」日本法学七六巻四号一五頁（以下、佐藤「前掲・日本法学」と略記して引用する）。
- 36 実際、弁護団が控訴審の最後にまとめた「弁論要旨」は五八〇頁の大部なものであったが、その大部分が自白の信用性にかかわる論点であった。
- 37 なお、Mとの会話について、あまりにも内容がないので、この検面調書では、「事件から一年半も経っているので細かいやり取りを忘れてしまった」と供述させている（「弁論要旨」二八六頁）。
- 38 さらに、被告人は、Mを扼殺したとき、激しいけいれんや失禁・脱糞がなかったと供述し、ただMが「うーん」と声を出したただけだと供述するが、弁護人は、現実に人が死ぬときの生体反応がまったく供述されていないことの不自然さなどを指摘している（「弁論要旨」二九三頁）。
- 39 弁護人が指摘するように、自白のような状況であれば、たとえ直接的に精液が死体にかからなくとも、間接的に、被告人の性器や左手に付いた精液が死体に付着しないことは考えられないだろう。
- 40 この事実、弁護人が指摘するように、警察や検察が想定した形態とはまったく異なった時間に、異なった形態で、Mが殺害された可能性を示唆するものである。
- 41 「無知の暴露」については、浜田寿美男『自白の心理学』（岩波新書）など参照。
- 42 たとえば、「弁論要旨」（二八〇頁以下）では、事件の前日、パチンコ店の女性店員がMに対し「変なおじさんがお菓子をあげると言ってもついていっちゃだめだよ」と話しかけたのに対し、「Mちゃんは絶対行かない」と答えた旨の記載があるが、「Mちゃん」という言葉がこの女性店員の供述のリアリティーを検証するキーワードになるだろう。
- 43 そして、もし被告人が犯人であったとすれば、実際の通路は藪の中を蛇行したはずだから、四〇メートルをはるかに超過したことになり、ますます、ありえない自白内容だということになる。
- 44 「創作」もまた観念的表象である。

45 実際には、すでに検討したように、「自供どおりの方法で殺害が行われている事実」はない。扼痕という実在的事実が示していることは「自供どおりの方法で殺害が行われていない」という事実である。事実は、被告人の自白内容と一致しないにもかかわらず、「自供どおりの方法で殺害が行われている」と認定できるのは、「正面から向かい合う」ようにMの首を絞めたという自白に現れる具体的事実を、「首を絞めて殺した」という抽象化された概念に置き換えているからである。高木コートの事実認定では、刑事裁判で認定すべき事実が、悟性によって表象された「事実」とその言明だと理解されている。だから事実の抽象化も事実の置換も自在にできた。しかし、本文で述べたとおり、これは事実認定ではない。

46 たとえば、読売新聞平成二年五月一四日の朝刊では、「死因は窒息死で、首に何かで圧迫された跡があった」と書かれており、夕刊では、「……首には、ひもなどで絞められた跡がないことから、手で絞められた可能性が強いとみられている」と書かれている。以後の新聞各紙をみても、死体の状況や遺棄された場所の状況、さらに、当日の服装、その色彩、下着・靴下などの着衣を投棄した場所など、被告人が自白した内容の多くが詳しく報道されている。

47 佐藤「前掲・日本法学」一八—二八頁参照。なお、本論文は、これからの刑事訴訟実務に対して多大な影響が期待されるだけではなく、刑事訴訟法学にとつて、特筆すべき内容をもつ業績である。

48 足利事件の第一回公判期日は九二年二月一三日であり、このときの罪状認否において被告人は「公訴事実は間違いありません」と犯行を認めている。主任検事の取調は第一回公判期日の直前だった。

49 佐藤「前掲・日本法学」二九頁以下参照。

50 佐藤「前掲・日本法学」一一〇頁以下。

51 佐藤「前掲・日本法学」四四頁以下。

52 鑑定書は、平成九年四月二日付けであり、被告人の逮捕前である。ただし、鑑定書には、唾液は微量だから、血液型は「必ずしもO型とは断定できない」と書かれている。しかし、それでも、二種類の試験をした結果、「いずれもO型反応を示した」ことは記載されている。

53 朝日新聞二〇一一年九月一〇日朝刊。

54 検察官と被告人との間の証拠収集能力の差はさほど大きくなく、検察官手持証拠の全面開示が真相解明に資するものではないとの理由から、検察官手持証拠の全面開示に否定的な態度を採るものとして池上政幸「証拠開示—検察の立場から」三井誠他編

『新刑事手続Ⅱ』(二〇〇二年)三一五頁以下がある。

55 吾々は、この文脈で、「幸運」であつたという言葉を使うことの問題性を意識しつつ、それでも「幸運であつた」と書く以外にないと思う。そもそも、多くの最高裁判決は、「東電OL殺人事件」でも「足利事件」でもそうであつたように、この種の事実認定を「フリーパス」のように認めてきたのである。二〇一四年四月二日の朝日新聞には、新しく最高裁長官に就任した寺田逸郎から、「後輩には『法務省でも裁判所でも、やっていることは事実認定と法的判断。本質的には何も変わらない』と自負を込め、論ずこともある」とのインタビューが掲載されているが、この最高裁長官は、法務省や裁判所の官僚(事務官)がする「事実認定」と、検察官や裁判官がする「事実認定」が全然ちがうことを意識もしていない。刑法における事実認定は、真偽の判断を可能にする論理的な前提として、ただ実在の事実によって触発された実在的表象の言語化が必要だが、官僚の事実認定に、このような制約はないだろう。

56 最判平成二二・四・二七刑集六四卷三号二四九頁。

57 藤田の補足意見は、平成二二年四月二七日に表明されたものであり、平成二四年六月七日の「東電OL殺人事件」の再審開始決定には、この意見が何らかの影響を与えているかもしれない。

58 帰謬法の論理そのものを基準とすることには賛成しがたい。この点、「自然科学の分野では、仮説が真実であるというためにはそうでない可能性が理論上も実験上も完全に否定されることが必要であるとしても、裁判における事実認定では、ある程度の幅が残されているように思われる」という説示は不要である。こういうところに本質があるとすれば、本文には賛成しつつも、「多数意見が『仮に、被告人が本件マンションに赴いた事実が認められたとしても、認定されている他の間接事実を加えることによって、被告人が犯人でないとしたならば合理的に説明できない(あるいは、少なくとも説明が極めて困難である)事実関係が存在するとまでいえるかどうかにも疑問がある』とする点については、私は見解を異にする」との意見を書いた裁判官那須弘平のような主張が成り立つことになるからである。那須は、被告人がマンションに赴いた事実が認められるならば、「被告人が：本件マンションへの立入りを強く否定し続けてきたことと両立しがたい客観的事実(立入りの事実)の存在が明らかにしたことになる」とし、このことよって「被告人が犯人でないとしたら合理的に説明できない事実関係」が認められるとしている。被告人が犯行を行ったことを示す事実ではなく、被告人が自己に不利益な事実を否定したという事実が重視されることになる。

極論をすれば、東電OL事件についても、密室性を根拠に「被告人が犯人でなければ、密室であつたK荘一〇一号室で犯行が

行われたこと自体、説明がつかない」という論理（おそらく高木コートもそう考えている）で有罪判決が正当化されかねないことになる。